



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

David Raick

**O USO DE FIDEJUSSÃO COMO GARANTIA DO
ADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES EM CONTRATOS DE
OBRA PÚBLICA: um estudo em prol da aplicação do modelo
estadunidense de *performance bonds* ao contexto brasileiro**

Brasília
2018



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

David Raick

**O USO DE FIDEJUSSÃO COMO GARANTIA DO
ADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES EM CONTRATOS DE
OBRA PÚBLICA: um estudo em prol da aplicação do modelo
estadunidense de *performance bonds* ao contexto brasileiro.**

*Monografia apresentada à
Banca Examinadora da Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília,
como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.*

*Orientador: Prof. Guilherme Fernandes
Neto*

Brasília
2018

David Raick

**O USO DE FIDEJUSSÃO COMO GARANTIA DO
ADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES EM CONTRATOS DE
OBRA PÚBLICA: um estudo em prol da aplicação do modelo
estadunidense de *performance bonds* ao contexto brasileiro.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora
da Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília, como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Brasília, 14 de novembro de 2018.

Prof. Dr. Guilherme Fernandes Neto
Orientador

Prof. Dr. Voltaire G. Marensi
Membro titular

Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira
Membro Titular

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais pelo incentivo moral sempre dado em prol da conquista de meu objetivo.

À minha esposa sem a qual não conseguiria ter logrado essa vitória.

Ao meu orientador, Prof. Guilherme Fernandes Neto, por ter auxiliado o *alumnus* nessa
missão gratificante.

Aos membros da Banca Examinadora.

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido com o intuito de analisar a aplicação do modelo do *performance bond*, espécie de *surety bond*, costumeiramente aplicado nos Estados Unidos, como meio viável e efetivo para garantir o regular adimplemento nas contratações para a execução de obras públicas da administração pública federal brasileira. Como objetivos acessórios, será apresentado o contexto histórico, jurídico e regulatório em que o *performance bond* é aplicado naquele país. Será também analisado os principais aspectos da natureza jurídica desse instituto alienígena. Ademais, será apresentada a atual regulamentação do seguro-garantia, a qual pretende ser a versão brasileira do *performance bond*, para se verificar se, na atual estrutura disposta, este instituto tem o condão de atingir os resultados práticos para os quais o *performance bond* americano foi concebido e tem conseguido lograr êxito. Caso positivo, dever-se-á explicar a razão da ausência dos resultados esperados com o seguro-garantia. Por último, espera-se tecer recomendações, caso sejam necessários, a respeito da adequação do seguro-garantia em prol do adimplemento dos contratos de obra pública. Registre-se que, embora haja outros países que possuam mercados desenvolvidos de *suretyship*, nesse trabalho se dará importância especial à experiência estadunidense pela sua relevância histórica e materialidade do seu mercado.

Palavras-chave: seguro-caução; seguro-fiança; seguro-aval; seguro fidejussório; seguro-garantia; garantia; obras.

ABSTRACT

The research was developed aiming to analyse the introduction of performance bond, type of surety bond required in public works contracts in the United States of America, as a viable and effective way of guaranteeing the regular and thorough performance of contracts of public works execution in Brazilian federal administration. As auxiliary objectives of this research, it will be presented from a historical, jurisdictional and regulatory perspective the context that the performance bond is practiced in that country. It will be detailed the main aspects of the nature of this alien institute. In addition, it will be presented the current regulation of the Brazilian candidate to be a performance bond, the *seguro-garantia*, in order to verify if it is tuned to reach the results to what the performance bond was created for and till now has been succeeded. If it was the case, it will be explained the reason of non success of the *seguro-garantia* in reaching the goals expected. At last, it will be aimed recommendations, as necessary, about the appropriateness of the *seguro-garantia* in order to compel the performance of the guaranteed contracts. It is important to point out that, although there are other countries that have developed suretyship markets, in this research it will be given special attention to the American experience, because of the relevance and size of its market.

Keywords: performance bond; public works; surety; suretyship; surety bond; guaranty; guarantee.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Número de contratos inadimplidos em 30 estados americanos (2007 a 2009)	13
Tabela 2 - Mercado do Seguro-Garantia (“prêmios ganhos” de 1994 a 1999)	77
Tabela 3 - Mercado do Seguro-Garantia (“prêmios ganhos” de 2011 a 2017)	77

LISTA DE SIGLAS

ABA	American Bar Association
AIA	<i>American Institute of Architects</i>
Bacen	Banco Central do Brasil
BNDES	Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social
BNH	Banco Nacional de Habitação
CNSeg	Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização
CFR	<i>Code of Federal Regulations</i>
DI	Depósito Interfinanceiro
EJCDC	<i>Engineers Joint Contract Documents Committee</i>
EUA	Estados Unidos da América
FAR	<i>Federal Acquisition Regulation</i>
IRB	Instituto de Resseguros do Brasil
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
OGU	Orçamento Geral da União
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
PLA	Patrimônio Líquido Ajustado
RL	Relatório de Levantamento

S. A.	Sociedade Anônima
Sicaf	Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores
SPE	Sociedade de Propósito Específico
Susep	Superintendência de Seguros Privados
UCC	<i>Uniform Commercial Code</i>
U.S.	<i>United States</i>
TCU	Tribunal de Contas da União

LISTA DE ABREVIATURAS

art.	artigo
bi	bilhões
Coord.	coordenador da obra
Dir.	diretor da obra
ed.	edição
Ed.	editor(a) da obra
<i>et seq.</i>	e seguintes
<i>Ibid.</i>	no mesmo lugar
inc.	inciso
<i>loc. cit.</i>	no lugar citado
n./nº	número
<i>op. cit.</i>	na obra citada
Org.	organizador de obra
p.	página
vol.	volume

Sumário

1	INTRODUÇÃO	12
1.1	Tema.....	12
1.2	Definição do problema	19
1.3	Objetivos	23
2	Sobre o modelo estadunidense de garantia fidejussória de cumprimento de contratos: o <i>performance bond</i>	24
2.1	Conceituação do <i>performance bond</i> aplicado nos Estados Unidos.....	24
2.2	O surgimento e o desenvolvimento dos <i>performance bonds</i> nos EUA.....	27
2.3	Do processo de subscrição dos <i>performance bonds</i> nos EUA	32
2.4	Dos critérios de análise para a subscrição do <i>performance bond</i>	34
2.5	Do cálculo do prêmio no <i>performance bond</i> moderno.....	35
2.6	O <i>Miller Act</i> e a regulamentação federal americana sobre garantia de obras públicas (<i>statute of law</i>).....	39
2.7	As vantagens do <i>performance bond</i> para os contratos de obra pública.....	40
2.8	Natureza jurídica do <i>performance bond</i> nos EUA	50
3	Do seguro-garantia brasileiro	61
3.1	A conceituação do seguro-garantia: atual regulamentação e funcionamento do instituto.....	61
3.2	A origem do seguro-garantia: a explicação da tradição da fidejussão de contratos sob a forma de seguro e de sua estruturação como <i>penalty bond</i>	65
3.3	A origem do seguro-garantia no Brasil: a herança da tradição da fidejussão de obrigações sob a forma de seguro	69
3.4	A natureza jurídica do seguro-garantia	79
3.4.1	Sobre o seguro-garantia da Circular nº 477, de 2013	79
3.4.1.1	Distinções irrelevantes	85
3.4.1.2	Distinção relevante.....	87
3.4.2	Distinção entre seguro-garantia da Circular nº 477, de 2013, e a “garantia da garantia” da Lei nº 8.666, de 1993	95
3.4.3	Sobre o seguro-garantia previsto na Lei nº 8.666, de 1993	98
3.5	Análise de adequação do seguro garantia brasileiro em prol da <i>performance</i> do contrato.....	101
4	Conclusão	109
5	Referências Bibliográficas	114

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.” (Arthur Schopenhauer)

1 INTRODUÇÃO

1.1 Tema

Conforme o nobre economista polonês Michael Kalecki pregava:

A solid majority of economists is now of the opinion that, even in a capitalist system, full employment may be secured by a government spending programme, provided there is in existence adequate plan to employ all existing labour power, and provided adequate supplies of necessary foreign raw-materials may be obtained in exchange for exports. If the government undertakes public investment (e.g. builds schools, hospitals, and highways) (...) the effective demand for goods and services may be increased up to a point where full employment is achieved¹.

De fato, os investimentos públicos são primordiais para o crescimento econômico de um país. No entanto, com facilidade pode-se observar obras públicas paradas em todas as regiões brasileiras. Viadutos, escolas, hospitais, rodovias, ferrovias, creches, etc. são noticiados todos os dias estarem inacabados em vários pontos do país². A existência dessas construções fragmentadas, sem previsão de conclusão, constitui-se em verdadeira vergonha para a nação e atrasam ainda mais o desenvolvimento desse país que apresenta carências de toda ordem.

¹ KALECKI, Michael. **Political aspects of full employment**. [S.l.]: The Political Quarterly, vol. 14, p. 322.

² PEREIRA, Renée. Para concluir obras paradas no País, governo teria de desembolsar R\$ 76 bi. **O Estado de São Paulo**, 24 jun. 2018, Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/para-concluir-obras-paradas-no-pais-governo-teria-de-desembolsar-r-76-bi,70002366408>>, Acesso em: 2 nov. 2018.

Dessa forma, impende-se estudar e debater os problemas enfrentados no setor da construção pública de modo a encontrar soluções razoáveis em prol da resolução dos problemas encontrados no desenvolvimento dos empreendimentos públicos para que o quanto todos os projetos sejam finalizados e operacionalizados para o bem da sociedade.

Nesse sentido, os Estados Unidos da América vêm desenvolvendo ao longo dos últimos dois séculos uma cultura assecuratória provinda do *common law* do Reino Unido, com base em contratos (chamados de “*bonds*” na linguagem jurídica estadunidense), em que empresas têm se especializado em assegurar o desempenho de funções e/ou atividades contratuais conforme padrões previamente estabelecidos (“*suretyship*”).

À medida que esse mercado garantidor se tornou mais reconhecido e difundido ao longo do último século, passou a ser utilizado também no setor de construção civil, por meio dos *performance bond*, o qual procura garantir que o construtor cumpra com o contrato de construção e *payment bond*, que busca garantir que o construtor honre com suas dívidas perante empregados e fornecedores de serviços e produtos contratados para a obra. Nos Estados Unidos, o mercado garantidor em construção civil se desenvolveu *pari passu* com a evolução do mercado de construção privado³.

Como resultado, atualmente a dinâmica do *performance bond* consegue garantir baixos índices de inadimplemento contratual, de apenas 0,19% aproximadamente, conforme pode ser visto na tabela abaixo.

Tabela 1 - Número de contratos inadimplidos em 30 estados americanos (2007 a 2009)⁴

	<u>Estado</u>	Número de Contratos Inadimplidos	Número Total de Contratos
1	Alabama	7	631
2	Alaska	-	187

³ SCHWARTZKOPF, William. **Practical Guide to Construction Contract Surety Claims**, New York: Aspen Publishers, 2006, p. 8.

⁴ MYERS, Lorena. **Performance Bond Cost-Effectiveness Analysis**. Dissertação [mestrado], University of Florida, 1999, p. 36.

3	Arizona	-	205
4	Arkansas	-	408
5	California	-	1.237
6	Colorado	-	326
7	Connecticut	-	134
8	Delaware	-	170
9	Georgia	19	513
10	Hawaii	-	129
11	Idaho	2	188
12	Illinois	-	2.682
13	Iowa	-	1.424
14	Kansas	-	643
15	Maine	-	545
16	Michigan	-	1.303
17	Minnesota	-	447
18	Mississippi	2	392
19	Montana	-	231
20	New Jersey	-	256
21	New Mexico	-	126
22	New York	-	559
23	Ohio	-	1.393
24	South Carolina	6	681
25	South Dakota	-	292
26	Texas	1	1.333
27	Washington	-	650
28	West Virginia	-	945
29	Wisconsin	-	901
30	Wyoming	-	204
Número total de obras		37	19.135

No presente momento, a indústria americana do *suretyship* é um mercado desenvolvido, consolidado e bastante ramificado, tendo produtos específicos de garantia oferecidos nos mais diversos setores da economia como, por exemplo, *bid bonds*, para assegurar que o lance a ser dado pela empresa será cumprido⁵, *Medicare and Medicaid surety bonds*, para proteção do sistema público de saúde contra empresas fornecedoras de

⁵ SCHWARTZKOPF, *op. cit.*, p. 65.

produtos médicos que não sejam duráveis⁶; *subdivision bonds*, para assegurar que construtores/loteadores de áreas urbanas sigam a legislação incidente sobre a regulação da ocupação e uso do solo urbano⁷; *probate bonds*, para a proteção de menores e incapazes⁸; *bankruptcy trustee/receiver bonds*, para a proteção da massa falida contra potenciais abusos dos administradores falimentares⁹; *reclamation bonds*, para resguardar o setor público de que mineradoras que recebam licenciamento para iniciar operações as conduzam em conformidade com os critérios técnicos estabelecidos e que as terras e águas atingidas sejam reabilitadas de acordo com padrões compulsórios de qualidade ambiental¹⁰, entre outros.

Atualmente, o montante de prêmios (da mesma forma que no mercado de seguros, a denominação “prêmio” também é dada ao valor cobrado pelas *sureties* pela emissão de *bonds*) subscritos atingiu a cifra de R\$ 6,2 bilhões de dólares em 2017. Ademais, desde 1998, a indústria do *suretyship* protegeu mais de R\$ 9 trilhões em exposição a contratos, R\$ 600 bilhões apenas em 2017¹¹.

Aqui no Brasil, no que tange especificamente à sistemática em prol do adimplemento das execuções de obra pública, a maioria da regulamentação existente tem origem legal, especificamente, na Lei de Licitações¹².

Nessa, além dos requisitos de capacidade econômica e técnica, e habilitação jurídica, exigidos dos futuros contratados para a adjudicação do objeto ao vencedor, exigem-se garantias para que a execução contratual seja realizada conforme os termos do

⁶ KING, Bruce Charles, *et al.*, **The Law of Commercial Surety and Miscellaneous Bonds**, Chicago: American Bar Association, 2012, p. 1-2.

⁷ *Ibid.*, p. 33-34.

⁸ *Ibid.*, p. 163-164.

⁹ *Ibid.*, p. 85-86.

¹⁰ *Ibid.*, p. 261-262.

¹¹ THE SURETY & FIDELITY ASSOCIATION OF AMERICA. **Newsletter**. vol. XXXV, 2ª ed., May/Apr. 2018, p. 3.

¹² BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 22. Jun. 1993, Seção 1, Página 8.269 (Publicação Original).

contrato e ainda se preveem penalidades em caso de inadimplemento, além das multas estipuladas individualmente em cada ajuste assinado pela administração.

Paralelamente, desenvolveu-se, desde meados do século XX no Brasil, produto do setor securitário para assegurar obrigações contratuais. O seguro-garantia, instrumentalizada como seguro, tem o objetivo de assegurar o cumprimento das obrigações contratuais pactuadas pelo devedor-tomador, mesmo no caso de inadimplemento, por meio de garantia de que a seguradora irá indenizar os prejuízos sofridos pelo credor-segurado em razão do inadimplemento ou procurar adimplir integralmente as obrigações ainda faltantes.

Tal seguro-garantia, ao lado da fiança bancária, vem sendo utilizado como alternativa à caução real de dinheiro ou títulos para o cumprimento das exigências de garantia da Lei de Licitações¹³: no art. 31, inciso III, da referida lei, prevê-se a possibilidade de exigência de “garantia de cumprimento da proposta licitatória” de até um por cento do valor total da proposta como um dos requisitos para a qualificação econômico-financeira¹⁴; e no art. 56, prevê-se ainda a possibilidade de exigência de “garantia da execução contratual”.

¹³ Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. § 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; II - seguro-garantia; III - fiança bancária.

¹⁴ Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta; II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física; **III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.** (grifo nosso)

Ademais, as Lei de Licitações e a Lei do Pregão¹⁵ preveem também penalidades a serem aplicadas em caso de descumprimento. A Lei nº 8.666, de 1993, em seu art. 87¹⁶, e a Lei nº 10.520, de 2002¹⁷, em seu art. 7º, prevê a cominação de penalidades em caso de inexecução total ou parcial do objeto licitado, seja nas modalidades convencionais de licitação seja no pregão respectivamente. Na Lei nº 8.666, de 1993, estipula-se desde advertência até a declaração de inidoneidade da empresa faltante para licitar e contratar com a administração pública por dois anos. Já na Lei nº 10.520, de 2002, a Lei dos Pregão, estabelece-se impedimento de licitar e contratar com a administração por até cinco anos.

Em que pese a previsão legal de penalidades e garantias, em prol do adimplemento dos contratos públicos em geral, o Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do Acórdão nº 1.188 de 2007¹⁸, em face da quantidade de obras públicas paradas detectadas todos os anos no país, apreciou auditoria daquele órgão em que se realizou

¹⁵ BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Legislativo, Brasília, DF, 18 jul. 2002, Seção 1, p. 1 (Publicação Original).

¹⁶ Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

¹⁷ Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.188 do Plenário, Ata nº 26/2007 – Plenário, 20 de junho de 2007. **Portal do Tribunal de Contas da União**. Relatório de Levantamento (RL). Levantamento de auditoria. Diagnóstico sobre as obras inacabadas realizadas com recursos da união. Verificação de oportunidades para aperfeiçoamento de normativos e da sistemática de controle das obras públicas. Determinações. Recomendações. Sugestões. Ciência. Arquivamento. Para cumprir sua missão de assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos, em benefício da sociedade, incumbe ao TCU, orientado pelos macroprocessos - definidos em seu planejamento estratégico - de auxílio ao Congresso Nacional e aperfeiçoamento da administração pública, sugerir a elaboração de normas e a implementação de sistemáticas que previnam o desperdício de recursos federais acarretado pela indevida paralisação de obras públicas. Relator: Valmir Campelo. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1188%2520ANOACORDAO%253A2007/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

amplo diagnóstico sobre os motivos que levaram à paralisação de uma amostra de quatrocentas obras públicas financiadas com recurso do Orçamento Geral da União (OGU) e concluiu que a interrupção do fluxo financeiro de pagamentos, por problemas orçamentários, constitui na principal causa de suspensão das obras.

No entanto, o Relatório destaca alguns problemas que devem estar sendo originados especificamente em razão da atuação da construtora: Problemas no projeto/execução da obra (13,58%); Rescisão contratual (7,95%); Problemas com a construtora (4,30%). Logo, pode-se perceber não ser desprezível a quantidade de obras paradas em vista de problemas decorrentes de falha na atuação da empresa construtora contratada para a realização da obra, conforme pode ser conferido na transcrição abaixo.

5.11. No cômputo geral, as obras inacabadas com recursos da União têm como principais causas o 'Fluxo Orçamentário/Financeiro' (52,65%), os 'Problemas no Projeto/Execução da Obra' (13,58%) e a 'Inadimplência do Tomador/Conveniente' (10,93%). As outras razões aparecem em proporções menores que 7% [sic] em relação à totalidade da amostra.

[...]

5.12. Há outras causas não menos importantes como a 'Rescisão Contratual' (7,95%) e 'Problemas com a Construtora' (4,30%) que também merecem destaque, visto que podem ser oriundas de diversos motivos, tais como falência da contratada, casos fortuitos que prejudicam a execução da obra por abalar a relação entre o contratante e a contratada, pedido de reequilíbrio econômico-financeiro não aceito pelo executor de contrato ou convênio, entre outros.¹⁹

Vê-se que essas causas são diretamente relacionadas à atuação da empresa contratada durante a execução contratual e seus percentuais somados expõem que os problemas criados pelo fraco desempenho dessas empresas durante a vigência contratual são relevantes para explicar parte dos problemas enfrentados pelo setor de obras públicas.

¹⁹ *Ibid.*, 2007.

Portanto, como se vê, a sistemática regulamentar em que o seguro-garantia se insere não tem logrado êxito em garantir a adimplência da execução de contratos de obra pública no Brasil da mesma forma que vem acontecendo nos EUA por meio do *performance bond*.

Se tais problemas vêm ocorrendo habitualmente, impõe-se analisar a regulamentação existente, pois parece não estar induzindo corretamente os contratados para o adimplemento dos contratos públicos. De outra forma, os requisitos legais mencionados parecem não serem suficientes para instituírem padrão de comportamento nas empresas contratadas em prol da execução regular e tempestiva dos contratos de obra pública.

1.2 Definição do problema

Na seção anterior, foi visto que a Lei de Licitações determina à administração pública que exija certas garantias do licitante e, durante a execução contratual, aplicar certas penalidades e multas ao contratado de modo a compeli-lo a honrar com o que se compromete na licitação e na execução contratual.

Tais penalidades e garantias não têm outro propósito a não ser o de tentar criar arcabouço de incentivos para que as empresas venham a contratar com a administração pública e adimplam o contrato integralmente.

No entanto, conforme foi visto, parece que tais penalidades e garantias não têm sido suficientes para adequar o comportamento das contratadas para que evitem o inadimplemento dos contratos públicos de obras, haja vista os percentuais consideráveis de obras paradas por problemas relacionados com a construtora contratada.

A nosso ver, grande parte da inadimplência contratual, tem ocorrido porque as garantias exigidas e as penalidades impostas às empresas inadimplentes apenas dirigem

consequências diretas às próprias empresas atuantes na licitação, mas não aos seus controladores.

Isto acontece primeiro porque as multas aplicadas ao longo das execuções contratuais não tem contribuído para incentivar o adimplemento contratual à medida que, em muitas das vezes, essas têm sido judicializadas pelas contratadas, mesmo sem razão, pois sua discussão em juízo é benéfica ao inadimplente à medida que confere muitos anos a mais de prazo de carência até o efetivo pagamento da multa, em vista da duração dos processos de revisão judicial da aplicação dessas multas administrativas²⁰.

Ademais, em vista do caráter *intuitu personae* das penalidades aplicáveis no âmbito administrativo-licitatório, como decorrência direta do caráter personalíssimo das contratações públicas²¹, e da limitação da responsabilidade em uma sociedade empresarial, essas não causam impacto direto ao patrimônio ou à idoneidade de seus donos, em regra. Também em vista disso, empresas que tenham controlador em comum com empresa inidônea não são impactadas pela inidoneidade de sua empresa irmã.

Em vista dessas idiossincrasias, a regulamentação licitatória tem permitido a um empresário que porventura teve sua empresa penalizada fundar nova companhia “ficha limpa” para voltar a participar normalmente de licitações públicas, sem ter, de fato, sofrido profundamente com os custos que a penalidade imposta pela administração intentava produzir ao contratado.

Não raro, integrantes de comissões de licitação verificam que sociedades empresárias afastadas das licitações públicas, em razão de suspensão do direito de licitar e de declaração de inidoneidade, retornam aos certames promovidos

²⁰ MELLIS, Fernando. Multas a operadoras de rodovias federais somam R\$ 424 milhões. **Record R7**, 09 mar. 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/economia/multas-a-operadoras-de-rodovias-federais-somam-r-424-milhoes-09032018>, Acesso em: 02 nov. 2018.

²¹ FREITAS, Rafael Veras de. **O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual**. Belo Horizonte: Revista de Direito Público da Economia, ano 13, n. 50, abr./jun. 2015, p. 168-169.

pela Administração valendo-se de sociedade empresária distinta, mas constituída com os mesmos sócios e com objeto social similar. Por força dos princípios da moralidade pública, prevenção, precaução e indisponibilidade do interesse público, o administrador público está obrigado a impedir a contratação dessas entidades, sob pena de se tornarem inócuas as sanções aplicadas pela Administração. O instituto que permite a extensão das penas administrativas à entidade distinta é a desconsideração da personalidade jurídica. Sempre que a Administração verificar que pessoa jurídica apresenta-se a licitação com objetivo de fraudar a lei ou cometer abuso de direito, cabe a ela promover a desconsideração da pessoa jurídica para lhe estender a sanção aplicada. Desse modo, não estará a Administração aplicando nova penalidade, mas dando efetividade à sanção anteriormente aplicada pela própria Administração²².

Deve-se salientar que, nesses casos, conforme foi exposto na transcrição, o Tribunal de Contas da União tem permitido à administração pública a aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica. No entanto, é cediço que, mesmo com esse entendimento, há dificuldades práticas para sua identificação, pois também é comum a prática pelos donos das empresas contratadas de esquemas de rodízio na direção comercial de modo a burlar a fiscalização das comissões licitatórias dos órgãos públicos.

De qualquer forma, de fato, não seria salutar para os negócios públicos que as penalidades impusessem consequências a todo o grupo econômico controlador da empresa inadimplente, pois isso significaria retirar da competição licitatória, sem

²² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão no 2.218 da 1ª Câmara, Ata nº 11/2011 – 1ª Câmara. 12 de abril de 2011, Brasília, DF. **Portal do Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 025.430/2009-5. Grupo I – Classe I – Pedido de Reexame em Representação. Sumário: Pedido de Reexame. Representação. Licitação. Edital. Cláusula impeditiva de participação de interessados suspensos por ente distinto da administração pública. Sanções aplicadas a pessoa jurídica. Alcance dos efeitos. Determinações. Interposição de recurso. Conhecimento. Negado provimento. Relator Ministro José Múcio Monteiro. Disponível em: < http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110420/AC_2218_11_11_1.doc>, Acesso em: 2 nov. 2018.

justificativas claras, grande universo de empresas competentes que porventura sejam controladas pelos mesmos donos de poucas empresas inidôneas.

Por outro lado, essa fuga à penalidade de fato abrandava o sistema de incentivos ao adimplemento contratual público, de tal forma que, aliada à exigência de garantias mal desenhadas pelo legislador, acabam por direcionar o relacionamento da administração com seus contratados para padrões de comportamento entre as partes com pouco comprometimento obrigacional.

Essa situação de pouco comprometimento mútuo pode ainda ser agravada no futuro, caso se torne uma tendência mundial considerar *bis in idem* a aplicação de sanções penais e administrativas sobre mesmo fato, o que fragilizaria ainda mais o conjunto de incentivos nas licitações em prol do adimplemento regular dos contratos, pois acabaria por resultar na diminuição do conjunto de penalidades possíveis de serem aplicadas.²³

Do imbróglio, surge naturalmente a indagação: então como se poderia compelir efetivamente a empresa contratada para que adimpla integral e fielmente com as obrigações contratuais ajustadas com o contratante público dentro desse contexto normativo-regulatório?

Ante o exposto, a tese dessa monografia é que a exigência de *performance bond* para contratos públicos de obras e de concessões de serviços públicos poderia ter o condão de criar regras de incentivos em prol do adimplemento regular e contumaz dos contratos de obra pública, pois tal instrumento se constituiria em título de certeza, quase absoluta, do adimplemento contratual a ser provido pela garantidora que subscreveu o *performance bond* ao ente público, pois se a contratada não o fizer, essa própria o fará e, paralelamente, a garantidora estaria resguardada por meio de um instrumento contratual de

²³ SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia**: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. Brasília: Revista Brasileira de Direito da Concorrência, vol. 2, n. 2, nov. 2014, p. 12 *et seq.*

contragarantias patrimoniais exigidas da construtora garantida e de seu grupo controlador, conforme será detalhado adiante.

Ademais, a própria dinâmica interna de avaliação e reclamação do sinistro das empresas emissoras de *performance bond* acabaria por ponderar o histórico de conduta da empresa construtora nas execuções contratuais anteriores, de modo a lhe impor consequências, caso tenha ocorrido inadimplências, por meio, por exemplo, da elevação do valor e da liquidez dos ativos a serem requeridos como contragarantias, caso seja evidenciado responsabilidade da construtora.

No final das contas, a exigência do *performance bond* acaba por impor severas consequências, em caso de inadimplemento contratual culposos, aos controladores da empresa construtora contratada, pois ao fim da cadeia obrigacional passa a estar incluído os próprios donos da empresa, garantindo a execução do contrato com seu próprio patrimônio pessoal, por meio de contrato paralelo de contragarantias, o que rompe na prática com a limitação de responsabilidade conferida pela legislação civil.

1.3 Objetivos

Neste diapasão, esta monografia objetiva verificar como aplicar o modelo do *performance bond*, tipo de *surety bond*, costumeiramente aplicado a obras públicas nos Estados Unidos, como meio viável e efetivo para garantir o regular adimplemento nas contratações públicas para a execução de obras públicas contratadas pela administração pública federal brasileira.

Como objetivos acessórios será apresentado o contexto histórico, jurídico e regulatório em que o *performance bond* é aplicado naquele país. Será também analisado os principais aspectos da natureza jurídica desse instituto alienígena.

Ademais, será apresentada a atual regulamentação do seguro-garantia, a qual pretende ser a versão brasileira do *performance bond*, mas até hoje pouco analisada pela

doutrina e pela jurisprudência, para se verificar se na atual estrutura disposta, este instituto tem o condão de atingir os resultados práticos para os quais o *performance bond* americano foi concebido e tem conseguido lograr êxito. Caso positivo, dever-se-á explicar a razão da ausência dos resultados esperados com a implementação do seguro-garantia. Por último, espera-se tecer recomendações, caso sejam necessários, para adequar o seguro-garantia em prol do adimplemento dos contratos de obra pública.

A fim de atingir esses objetivos, por consequência, concebe-se que a figura jurídica do *performance bond* é distinta da figura do seguro-garantia praticado no Brasil. Ademais, embora nos EUA se pratiquem outras espécies de garantia no contexto das obras públicas como o *bid bond* e o *payment bond*, nessa monografia dar-se-á atenção apenas ao *performance bond*, pois esse se constitui justamente na garantia relacionada ao adimplemento da execução contratual, objeto dessa monografia.

Registre-se ainda que, embora haja outros países que possuam mercados desenvolvidos de *suretyship*, nesse trabalho se dará importância especial à experiência estadunidense pela sua relevância histórica e materialidade do seu mercado.

2 Sobre o modelo estadunidense de garantia fidejussória de cumprimento de contratos: o *performance bond*

2.1 Conceituação do *performance bond* aplicado nos Estados Unidos

Em termos genéricos, o *surety bond* é um contrato que tem por objeto garantir que o devedor da obrigação a ser garantida, que pode ser de natureza contratual ou não, vai cumpri-la e que, se este não a cumpre, a empresa garantidora deverá ou dar ao credor da obrigação certa quantia em dinheiro ou realizar alguma obrigação de fazer ou de dar, conforme estipulado no *surety bond*²⁴.

²⁴ SCHWARTZKOPF, *op. cit.*, p. 11.

Especificamente, o *performance bond*, tipo de *surety bond*, tem por objeto garantir que o devedor (“*principal*”) vai adimplir com suas obrigações estipuladas em um contrato principal e que, se não o adimplir, então a empresa garantidora (“*surety*”) irá completar ou arranjar meios suficientes para a consecução dos objetivos pactuados no contrato principal em favor do credor (“*obligee*”), o qual costuma ser o dono do objeto contratado²⁵.

Deve-se mencionar que geralmente junto a todo *performance bond* subscrito, há um acordo de contragarantias (“*Surety’s Indemnity Agreement*”), assinado entre a garantidora e o devedor da obrigação, pelo qual aquela buscará reparação dos danos sofridos em vista do inadimplemento do contrato original²⁶.

O *performance bond* se utiliza de toda a nomenclatura securitária sendo, portanto, remunerada mediante pagamento do “prêmio” e caso aconteça o inadimplemento, espera-se que ocorra a “reclamação” do credor para a garantidora de modo que se registre a ocorrência do “sinistro”.

Quando essa determina que houve uma “quebra de contrato”, ou seja, inadimplemento do devedor e a pronta requisição é feita pelo credor, a obrigação de garantia para com esse último se torna exigível.

As opções disponíveis à empresa garantidora, a partir desse momento, são definidas no corpo do contrato e variam consideravelmente dependendo da linguagem do documento, das especificidades e dos fatos ocorridos durante a vigência²⁷.

De qualquer forma, as opções tendem a se limitar às seguintes²⁸:

²⁵ RUSSELL, Jeffrey S., **Surety bonds for construction contracts**, Reston: ASCE, 2000, p. 39.

²⁶ KLINGER, Marilyn; BACHRACH, George J.; HALEY, Tracey L. (Ed.) **The surety’s indemnity agreement: law and practice**. Chicago: American Bar Association, 2ª ed., 2008, p. 1.

²⁷ SCHWARTZKOPF, *op. cit.*, p. 293.

²⁸ *Ibid.*, p. 293-294.

- a) denegação da indenização em vista do inadimplemento ocorrido, caso conclua ter motivos para a recusa;
- b) disponibilização de quantia em dinheiro: sob essa opção, a *surety* entra em acordo com o *obligee* para o pagamento de uma quantia fixa em dinheiro em troca de sua liberação para quaisquer responsabilidades adicionais que porventura existam. Esse tipo de acordo costuma ser chamado na nomenclatura estadunidense de *buying back the bond* (comprando de volta o contrato);
- c) financiamento do *principal*: o *surety* pode escolher completar o trabalho inadimplido pelo *principal*, financiando-o. Apesar de não haver obrigação do *surety* em financiar o *principal*, a *surety* pode fazê-lo por conveniência;
- d) licitação da consecução do resto do objeto do contrato para uma outra empresa ou pagar para que o *obligee* realize, por conta própria, o resto do serviço do contrato original;
- e) assunção do objeto do contrato original pela própria garantidora para a consecução das atividades contratadas, mas ainda não satisfeitas.

Especificamente no contexto norteamericano, o governo federal desse país tem regramento que proíbe uma *surety* de subscrever *performance e payment bonds* em montante que exceda 10% de seu capital a menos que o que passar seja protegido por resseguro, ou seja, por meio da transferência de parte do risco do *bond* para a resseguradora ou *co-surety*²⁹ (o mesmo que cosseguro, em que duas ou mais *sureties* assinam acordo de compartilhamento dos risco de *bonds* quando o *bond* requerido por um *principal* excede os limites de subscrição de um dos *sureties*³⁰).

²⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Register**. Code of Federal Regulations, Título 31, Subtítulo B, Capítulo II, Subcapítulo A, parte 223, seção 223.11.

³⁰ SCHWARTZKOPZ, *op. cit.*, p. 19.

No que tange a essa capacidade de absorção de risco, o tesouro americano anualmente publica lista de todas as *sureties* habilitadas e seus limites de subscrição³¹.

2.2 O surgimento e o desenvolvimento dos *performance bonds* nos EUA

A história do surgimento e desenvolvimento dos *performance bonds* se insere dentro da trajetória de desenvolvimento dos *surety bonds*, o que se faz iniciar a presente seção mencionando o surgimento dessa classe de garantias desde a Inglaterra, país que deu as bases jurídicas (*common law*) e culturais aos atuais EUA, pois como já foi dito alhures *performance bonds* são uma subespécie de *surety bond*.

Por toda a idade média e pelo menos durante o período inicial da modernidade inglesa, as garantias fidejussórias eram providas primariamente pelos indivíduos³², porquanto essa era primariamente de natureza não-comercial àquele tempo. Logo, era o indivíduo agindo como garantidor que tinha que demonstrar ativos suficientes disponíveis para garantir a perda.

No entanto, ao longo do tempo, muitos indivíduos que assumiam como garantidores falhavam em disponibilizar os recursos necessários para ressarcir seus prejuízos, em vista de fraudes na quantificação do patrimônio do garantidor, ou mesmo por ele ter falecido antes, tornando o ressarcimento do garantido atividade hercúlea senão impossível. Em resposta a esse problema, surgiram fiadoras organizadas sob a forma empresarial como alternativa no século XIX.

Nada obstante, a primeira tentativa conhecida de tentar funcionar uma empresa engajada no negócio de garantias foi um pouco antes ainda, em 1720, com garantias de

³¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of the Treasury's Listing of Approved Sureties. **Circular 570**. Disponível em: <https://www.fiscal.treasury.gov/fsreports/ref/suretyBnd/c570.htm/>. Acesso em: 25 jul. 2018.

³² RUSSELL, *op. cit.*, p. 9.

fidelidade (*fidelity bonds*) para pessoas que detinham posições de confiança em companhias privadas³³.

Mas só apenas em 1837, organizou-se a primeira empresa de sucesso no ramo: *Guaranty Society of London*. A partir daí, pelos próximos vinte anos, muitas outras empresas foram criadas e se envolveram no florescente mercado de *fidelity bonds*.

Paralelamente nos EUA, no período de reconstrução pós-guerra civil (1861 – 1865), a indústria e o comércio americanos se desenvolveram rapidamente, o que veio a exigir regras comerciais mais sofisticadas para os negócios crescentes. Assim, era necessário o desenvolvimento de instrumentos de garantia mais seguros do que o sistema de garantia individual. Logo, surgiu sistema corporativo de garantias calcado em empresas economicamente mais sólidas, capazes de efetivar o cumprimento de obrigações assumidas³⁴.

Em 1865, surgiu a primeira empresa americana a subscrever garantias: a *Fidelity Insurance Company*. Em seu prospecto para investidores, consignava-se que a companhia era a primeira estabelecida nos EUA para prevenir a inconveniência e os defeitos da garantia oferecida por indivíduos privados³⁵. No entanto, esta logo faliu pela falta de confiança em uma instituição que parecia ser muito avançada para aquele momento dos EUA. Entre 1883 e 1898, aproximadamente 25 novas empresas de *suretyship* foram fundadas nos EUA³⁶. Em 1887, a *American Surety Company*, fundada em 1884, começou a subscrever garantias³⁷ e foi a primeira empresa americana a subscrever *contract bonds*, ou seja, garantias de obrigações de origem contratual.

³³ RUSSELL, *loc. cit.*

³⁴ POLETO, Gladimir Adriani, **O seguro garantia: em busca de sua natureza jurídica**. Rio de Janeiro: Funenseg, Cadernos de Seguro, vol. 8, n. 17, 2003, p. 15.

³⁵ MORGAN, Willis D., **History and economics of suretyship**. vol. 12, ed. 2, fev. 1927, p. 487.

³⁶ RUSSELL, *op. cit.*, p. 9.

³⁷ RUSSELL, *loc. cit.*

De 1883 a 1898, ao menos 25 empresas iniciaram atividades comerciais no oferecimento de garantias mercantis, no intento de repetir a lucratividade das primeiras empresas do setor. No entanto, embora as empresas mais experientes continuaram conservadoras, cobrando prêmios em níveis suficientes para cobrir perdas e assegurar retorno razoável sobre o capital investido, aquelas novas companhias, sem qualquer experiência comercial prévia e no afã da competição por clientes, passaram a cobrar prêmios reduzidos que não eram suficientes para a sustentabilidade das companhias, o que levou 14 delas à falência até o ano de 1898³⁸.

Em vista do caos de insolvência entre as empresas do setor, em 1908, as remanescentes que conseguiram se manter solventes e lucrativas resolveram fundar a *Surety Association of America* com os objetivos de³⁹:

- a) padronização dos prêmios cobrados pelos membros por meio da criação de uma estruturação de cálculo uniforme para todas as empresas. Para isso, foi fundado o *Towner Rating Bureau*, órgão da associação responsável por tais cálculos;
- b) inclusão em seu quadro de membros de todas as companhias de garantias bem qualificadas;
- c) regulação comissões e tarifas de corretagem;
- d) proibição de descontos nos prêmios;
- e) limitação no número de agências a serem mantidas pelas companhias membro;
- f) apoio de proposições legislativas que sejam favoráveis aos interesses das empresas membro.

Reconhecendo os benefícios da indústria de garantias, intentando fornecer proteção tanto ao erário estadunidense quanto aos fornecedores de materiais e força de trabalho às construtoras, o Congresso Americano aprovou o *Heard Act* em 1894,

³⁸ MORGAN, *op. cit.*, p. 494.

³⁹ MORGAN, *loc. cit.*

instituindo a obrigatoriedade do oferecimento de “*performance and payment bond*” para construções públicas e que tais garantias poderiam ser subscritas por empresas.⁴⁰ Antes do *Heard Act*, as garantias com os Estados Unidos como credor eram subscritos principalmente por indivíduos, o que se mostrou difícil, na prática, em vista do que já foi mencionado anteriormente⁴¹.

Com o passar dos anos, a regulamentação logo se mostrou cheia de limitações para a efetiva proteção dos fornecedores de materiais e mão-de-obra, pois era requerida a emissão de apenas um *bond (performance and payment bond)*, o que acabava por proteger apenas o erário estadunidense, à medida que era necessário que primeiro o governo recebesse a indenização da garantidora para depois os demais receberem o que sobrasse do valor penal. Para corrigir as limitações, o Congresso aprovou o *Miller Act* em 1935, que dividiu as obrigações a serem garantidas em dois contratos de garantia diferentes: *performance bond* e *payment bond*⁴².

Após a aprovação do *Miller Act*, a maioria dos estados norte-americanos aprovou legislações com regulações – e valores de garantia – similares aos praticados no âmbito federal para obras públicas. Tais legislações estaduais passaram a ser chamadas de *Baby* ou *Little Miller Acts*⁴³.

Atualmente, quase todas as agências públicas, em todos os níveis de governo, requerem a emissão de *performance bonds*, bem como de *payment bonds*, a partir de certo valor de contrato, para garantir o adimplemento das obrigações pactuadas em contratos públicos de construções e compras principalmente.

⁴⁰ WALLICK, Robert D.; STAFFORD, John A. **The miller act: enforcement of the payment bond.** Law and Contemporary Problems, 1964, p. 515.

⁴¹ RUSSELL, *op. cit.*, p. 10.

⁴² WALLICK; STAFFORD, *loc. cit.*

⁴³ RUSSELL, *op. cit.*, p. 11.

Em que pese o sucesso do *performance bond* no setor público norte-americano, a indústria de *suretyship* ainda hoje tenta se expandir para o setor privado. Neste sentido, existem contratos padrão produzidos pela *American Institute of Architects* (AIA)⁴⁴, pela *Engineers Joint Contract Documents Committee* (EJCDC)⁴⁵ para auxiliar proprietários privados que desenvolvem projetos a contratar *performance bonds* e *payment bonds* com a indústria de *suretyship*.

Ademais, medidas têm sido tomadas em prol da popularização do uso dos *surety bonds* no meio privado, mas o mercado privado de *bonds* permanece estável com apenas crescimento marginal⁴⁶. Logo, deve-se salientar que os contratos de *performance bonds* são buscados em sua grande proporção por empresas que atuam ou buscam ter adjudicados contratos públicos para si.

Hoje em dia, consolidou-se nos EUA e no Reino Unido classificação jurídica das garantias baseada em uma distinção entre *guaranties* e a *suretyship*. Enquanto a primeira se define como sendo uma obrigação independente, separada da obrigação garantida, na segunda como será melhor visto adiante, se reveste da acessoriedade e da subsidiariedade da obrigação de garantia em face da obrigação principal.

Ainda, no direito americano, a *suretyship* pode ser *real*, fundada em bens, e *personal*, ou seja, de caráter fidejussório. Se a *suretyship* incluir uma promessa de responder pela dívida de outra pessoa, essa é considerada uma *personal suretyship*⁴⁷. Por outro lado, se a *surety* prometer propriedade ou hipoteca como contragarantia pela dívida

⁴⁴ AMERICAN INSTITUTE OF ARCHITECTS, **Formulário AIA A312-2010 (*Performance and payment bond*)**. Disponível em: <https://www.aiabookstore.com/a312-performance-bond-and-payment-bond-replaces-a3.html>. Acesso em: 3 set. 2018.

⁴⁵ ENGINEERS JOINT CONTRACT DOCUMENTS COMMITTEE, **Formulário C-610**, 2013. Disponível em: <http://www.formstack.com/forms/nasbp-C610Agreement>. Acesso em: 3 set. 2018.

⁴⁶ RUSSELL, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁷ O que se identifica com a conceituação de “garantia fidejussória ou pessoal” do direito brasileiro em que se constitui a garantia prestada por pessoa e não por bem em contraposição ao conceito de “garantia real”.

de outra pessoa, essa será classificada como *real suretyship*⁴⁸. O *performance bond* é uma espécie de *personal suretyship*.

2.3 Do processo de subscrição dos *performance bonds* nos EUA

A construtora que deseja ter seus projetos de construção garantidos pela emissão de um *performance bond* deve passar por uma série de avaliações antes que a garantidora possa decidir sobre a viabilidade de sua emissão para os projetos almejados pela construtora.

Para iniciar as avaliações, esta deve submeter informações empresariais na forma de questionários para análise do corretor licenciado (“*surety agent*”) e da potencial empresa subscritora do *performance bond*. Tais informações normalmente incluem⁴⁹:

- a) relatórios financeiros auditados dos últimos três anos;
- b) atual programação de trabalhos a serem desenvolvidos nos últimos 8 trimestres;
- c) relatórios financeiros pessoais atualizados dos donos da construtora;
- d) nomes dos bancos de relacionamento;
- e) nomes de pelo menos dez fornecedores independentes;
- f) lista das dez maiores construções realizadas pela empresa anteriormente; e
- g) organograma da empresa, incluindo os nomes dos gestores responsáveis por cada setor da empresa.

Ademais, os corretores e as empresas subscritoras podem fazer visitas aos estabelecimentos comerciais, entrevistas, solicitar serviços de *credit rating*, pedir referências de bancos, contadores, fornecedores, subcontratados, arquitetos, engenheiros, clientes anteriores, companhias de seguro, etc.⁵⁰

⁴⁸ HENKEL, Cristoph. **Personal Guarantees and Sureties between Commercial Law and Consumers in the United States**. Oxford: The American Journal of Comparative Law, jul. 2014, p. 333.

⁴⁹ RUSSELL, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 57.

Se aprovado pelo corretor e após revisto e autorizado pela empresa subscritora, estabelece-se uma relação comercial entre essa e a construtora, a partir da qual se estabelecerá um limite de valor de garantia por projeto de construção e um outro referente ao limite total de garantia disponível⁵¹.

Tais valores limites de garantia estipulados pela *surety* à construtora são justificados para conter a vontade desenfreada de negócios das empresas do ramo, de modo que não absorvam riscos além da sua real capacidade de absorção. Na verdade, pretende-se que a construtora não assuma mais responsabilidades do que tem capacidade de cumprir. Dessa feita, constituem-se em verdadeiros “freios” empresariais para que a ambição de seus gestores empresariais não sacrifique a saúde comercial das companhias.

A partir desse momento, a construtora pode iniciar um processo de requisição para a subscrição de um *bid bond* (garantia da proposta) para algum projeto em especial⁵². Para isso, apresenta ao corretor licenciado as características do projeto intentado, incluindo prazo para a proposta licitatória, datas de início e fim do projeto; tipo, tamanho e localização da construção.

Se novamente aprovado pela subscritora, o *bid bond* é emitido e a construtora, se se lograr vencedora da licitação, poderá requerer a emissão de outras garantias (“*bonds*”) que forem necessários, a exemplo do *performance* e do *payment bond*.

No entanto, deve-se mencionar que a subscritora não é obrigada a emitir qualquer *bond* simplesmente devido ao fato de ter sido estabelecido uma relação comercial prévia entre a construtora e a subscritora ou por ter sido emitido anteriormente uma garantia de proposta (“*bid bond*”), sendo que cada processo de requisição de subscrição iniciado pela construtora é independente dos demais⁵³.

⁵¹ SCHWARTZKOPF, *op. cit.*, p. 24.

⁵² RUSSELL, *op. cit.*, p. 57.

⁵³ RUSSELL, *loc. cit.*

2.4 Dos critérios de análise para a subscrição do *performance bond*

Desde os primórdios do setor, as *sureties* têm apoiado as decisões de subscrição em uma avaliação com base na conhecida análise dos três Cs: caráter, capacidade e capital da empresa requisitante⁵⁴.

No quesito “caráter”, tenta-se avaliar o aspecto mais qualitativo do negócio da construtora. O caráter daqueles que detêm a propriedade e gestão da empresa deve refletir sinais inquestionáveis de honestidade e integridade. Essas qualidades são vistas como medidas da vontade e determinação para cumprir com as obrigações da empresa construtora mesmo em momentos de adversidade⁵⁵.

A “capacidade” reflete a habilidade da construtora de realizar os trabalhos contratados como descritos no contrato de obra. Fatores a serem considerados incluem: experiência prévia; a solidez de sua organização funcional; qualidade do gerenciamento e dos controles internos empresariais; tipo, tamanho e local dos trabalhos desenvolvidos, subcontratados envolvidos etc.⁵⁶

Por último, “capital” refere-se à habilidade da empresa construtora de financiar os serviços ajustados e de absorver quaisquer perdas ou contratempos financeiros que porventura aconteçam durante o curso dos trabalhos contratados⁵⁷.

Devido às complexidades da indústria moderna de construção mais dois Cs vêm sendo considerados na avaliação das construtoras: “continuidade” e “comunicação”⁵⁸. A “continuidade” se refere a questões relacionadas com a longevidade da empresa no mercado de construção e comunicação, enquanto que, no último, à facilidade e qualidade da comunicação da empresa com seus vários agentes, inclusive com a própria garantidora.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 63.

⁵⁵ PALMER, William J.; MALONEY, James M.; HEFFRON III, John L. **Construction Insurance, bonding, and risk management**. Nova Iorque: McGraw Hill, 1996, p. 27

⁵⁶ PALMER; MALONEY; HEFFRON III, *loc. cit.*

⁵⁷ PALMER; MALONEY; HEFFRON III, *loc. cit.*

⁵⁸ RUSSELL, *op. cit.*, p. 63.

Deve-se salientar, de antemão, que o processo de subscrição do *performance bond* mais se assemelha a um processo de análise de crédito do que um processo de seguro em vista das peculiaridades descritas acima, os quais são similares, senão idênticos aos parâmetros de análise praticados pelo setor de análise de crédito convencional, englobando o comercial, bancário e ao consumidor.

Sobre o assunto, deve-se citar Beckman⁵⁹ que consignou, em sua obra, que a análise de crédito compreende quatro dimensões conhecidas pelos Cs da análise do crédito: caráter (disposição em pagar pontualmente a dívida), capacidade (julgamento subjetivo da possibilidade de saldar a dívida por meio da observação da empresa e atividades anteriores), capital (avaliação da posição financeira da empresa) e condições (situação econômica geral do potencial devedor no contexto do segmento de mercado em que está inserido).

2.5 Do cálculo do prêmio no *performance bond* moderno

A prática comercial moderna no mercado de *suretyship*, no que tange ao tratamento do risco garantido na emissão dos *performance bonds*, se baseia em procedimentos técnico-atuariais de mesma natureza dos utilizados pelo setor securitário. No entanto, como será visto adiante, o prêmio calculado naquele tem origem e função remuneratória diferentes do prêmio cobrado nesse último setor.

Enquanto que o prêmio do seguro tradicional representa a cota parte pela qual o contratante do seguro ingressa na mutualidade de segurados. Em outras palavras, junto com as demais contribuições cobradas embutidas no valor, o prêmio total pago pelo segurado propicia a formação de fundo de recursos financeiros necessários para arcar com o pagamento das eventuais indenizações esperadas em vista da possível materialização

⁵⁹ BECKMAN, Theodore N. **Credits and collections**. Management and theory. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1962, p. 46.

dos riscos previstos na apólice⁶⁰. É calculado com base, entre outros aspectos, a duração do seguro, ao grau de probabilidade da ocorrência do sinistro, ao seu possível custo e naturalmente a soma assegurada⁶¹. Em termos mais precisos, este deve refletir o preço teórico médio da probabilidade de que ocorra o sinistro segurado⁶².

Já no *performance bond*, o prêmio não tem a mesma natureza do prêmio do seguro, em que pese os dois serem chamados da mesma forma por costume comercial⁶³, pois não se baseia na probabilidade média de ocorrência do risco segurado, como no seguro, porquanto se assume não haver perdas esperadas, especificamente com relação ao risco da garantia, para a *surety* em um contrato de *performance bond*.

Conforme já foi exposto, em contratos de *surety bonds*, os prejuízos decorrentes do sinistro devem ser compensados à garantidora por um acordo de contragarantias (*surety's indemnity agreement*) ajustado entre o devedor-tomador e a garantidora. Portanto, no que tange especificamente aos riscos cobertos pelo contrato de garantia do tipo *surety bond*, não há riscos de prejuízo esperados do sinistro ocorrido, pois este é contragarantido.

No entanto, existem outros riscos, de causa diferente do risco específico que foi garantido, que precisam ser tratados e remunerados adequadamente de forma que a garantidora assegure meios suficientes para arcá-los e, com isso, possa desenvolver atividade comercial lucrativamente sustentável.

Primeiramente, deve-se salientar que, apesar de a garantidora estar respaldada do valor do sinistro pelo valor das contragarantias oferecidas, existe interregno entre o

⁶⁰ KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **O contrato de seguro no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Labor Juris, 2000, p. 77.

⁶¹ LOZANO, Antonio Guardiola (Dir.). **Manual de introducción al seguro**. Madrid: Ed. Mapfre, 1990, p. 23.

⁶² *Ibid.*, p. 24.

⁶³ BELTRÁN, Pedro Aguilar. **Fundamentos actuariales de primas y reservas de fianzas**, Madrid: Fundación MAPFRE, 2011, p. 60.

pagamento da garantia pela garantidora, após a ocorrência do sinistro, e a recuperação do valor pago por meio da execução do acordo de contragarantias em que essa estará desprovida de parte de seus recursos que amontoam a sua solidez e solvência financeira.

Por estar desprovida de seus recursos nesse meio tempo, a garantidora arca com o custo da perda do retorno financeiro desse montante de recursos que tiveram que ser usados para o pagamento da garantia.

Portanto, no *performance bond*, o prêmio, grosso modo, deve corresponder ao valor esperado do custo financeiro do valor total da indenização de reclamações de sinistros ocorridos, desde o momento em que se pagam as reclamações, até o momento em que se recuperam os prejuízos por meio da execução do acordo de contragarantias⁶⁴.

Ademais, deve-se assinalar que pode haver risco considerável no processo de subscrição da garantia, quando da seleção das contragarantias oferecidas pelo devedor-tomador, as quais podem ser insuficientes, por avaliação defeituosa ou por perda de valor ao longo do tempo, por exemplo, que podem gerar perdas importantes para a garantidora, pois esta deverá indenizar ainda que não conte com o valor total da garantia a ser paga⁶⁵ mesmo após execução das contragarantias. Portanto, admite-se que se aporte um custo adicionado ao prêmio que reflita a perda média esperada com insuficiência dos valores das contragarantias arroladas na operação.

Não obstante, em uma situação em que o risco de subscrição tenha sido reduzido de maneira que não haja expectativas relevantes de perdas derivadas de tal situação, o prêmio líquido da garantia dependerá em sua maior parte do custo financeiro associado ao pagamento da garantia, motivo pelo qual também a operação do *performance bond* costuma a ser reconhecida, também devido a essa característica, como assemelhada a uma

⁶⁴ *Ibid.*, p. 55.

⁶⁵ BELTRÁN, *loc. cit.*

operação creditícia, porque o valor pago na ocorrência do risco garantido é parecido com um empréstimo ao devedor-tomador⁶⁶.

De fato, o prêmio total no *performance bond* é formado pela junção de cotas-parte dos custos de financiamento do montante pago além de: custos de administração; custos de aquisição do *performance bond*, os quais se referem ao pagamento de comissões aos corretores, gastos de publicidade e de investigação das operações; custos jurídicos, associados aos processos de execução das contragarantias; custo de risco de subscrição, associado a uma recuperação deficiente frente ao valor dos pagamentos ocorridos em sinistro; custos de resseguro, os quais correspondem ao valor pago para as resseguradoras; custo de capital regulatório, os quais correspondem ao rendimento do capital que deve empregar a seguradora para cobrir com as necessidades de capital de solvência estabelecido pelos órgãos reguladores⁶⁷.

São cotas-parte porquanto propiciam, do mesmo modo que acontece nos seguros, a formação de fundo de recursos necessários para arcar com o pagamento desses custos, os quais são acessórios, porquanto são marginais ao risco principal, qual seja: o risco de inadimplemento da obrigação garantida.

Desta feita, em uma operação normal, a garantidora deve recuperar pelas contragarantias apenas o montante que pagou no sinistro e distribuir o custo financeiro do financiamento do valor total do sinistro, bem assim de todos os outros custos associados à operação, a exemplo dos principais mencionados acima, para a coletividade de garantidos.⁶⁸

Dessa forma, a fim de ilustrar o que ocorre, o *performance bond* seria, grosso modo, um contrato de garantia fidejussória pago mediante prêmio que reflete o custo

⁶⁶ *Ibid.*, p. 61.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 62-63.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 63.

esperado do financiamento, devidamente ponderada pela probabilidade esperada de ocorrência do sinistro da garantia. Ou ainda, tratar-se-ia de uma garantia fidejussória com um “seguro do custo de financiamento do montante total da garantia porventura pago”.

2.6 O *Miller Act* e a regulamentação federal americana sobre garantia de obras públicas (*statute of law*)

O *Miller Act* se encontra no Título 40, Subtítulo II, Parte A, Capítulo 31, Subcapítulo III, Seção 3131, da Código de Leis Estadunidense (*U.S Code*). Em sucinta análise, percebe-se existir pouca regulamentação a respeito do funcionamento e modo de operacionalização do *performance bond*, sendo que a maior parte de seu revestimento conceitual e adequação jurídica vêm da análise de *cases* enfrentados nas cortes americanas ao longo dos anos, característica fulcral do *common law*.

A partir do *Miller Act*, estabeleceu-se que, antes de se adjudicar contratos de construção, alteração ou reparo de edificações públicas do Governo Federal a empresas privadas, esta deve fornecer ao governo americano dois *bonds* distintos:

- a) *Performance bond*, com garantia em montante satisfatório e adequado para a proteção do erário; e
- b) *Payment bond*, com garantia satisfatória em prol da proteção de todas as pessoas que forneçam força de trabalho e materiais para a consecução do trabalho contratado.

O montante do *payment bond* deve ser igual ao montante total a ser pago nos termos do contrato, a menos que o órgão público encarregado pela contratação determinar, de forma expressa e suportado por conclusões específicas a cada caso, que o *payment bond* naquele montante é impraticável, em cujo caso deve-se determinar outro montante, o qual nunca poderá ser menor que o do *performance bond*.

Já o *Federal Acquisition Regulation* (em seu Título 48, Capítulo 1, Subcapítulo H, Parte 52, Subparte 52.2, Seção 52.228-15) assevera que, caso o contrato seja de mais de US\$ 150.000,00, a construtora deve fornecer ao órgão *performance bond* e *payment bond*, cada um com montante penal máximo de 100% do valor do contrato. Ou seja, naquele país o valor total das garantias pode atingir 200% do valor do contrato⁶⁹.

Ademais, estabelece que os *bonds* devem ser subscritos por uma das *sureties* cujo nome deverá constar da lista contida na Circular 570 do Departamento do Tesouro Americano, por garantidores individuais ou por caução real fundada em outros valores de liquidez imediata como, por exemplo, ordem postal, “cheque administrativo”, cheque ao portador, letras de crédito, ou certas notas ou títulos de dívida do Tesouro Americano.

Salienta-se que o FAR estabelece que o *performance bond* e o *payment bond* serão assinados tendo por padrão os formulários *Standard 25* e *25-A*⁷⁰, respectivamente, os quais descrevem as cláusulas a respeito da operacionalização da garantia a ser prestada.

Nos formulários, estatui-se, de forma padrão, que a empresa construtora, chamada de *principal*, e a subscritora da garantia, a *surety*, ficam obrigados perante os Estados Unidos da América no montante penal estabelecido no *performance bond*. Para pagamento do valor estabelecido, passam estes, seus herdeiros, exequentes, administradores e sucessores, a estarem obrigados solidariamente, a menos que haja cláusula de divisão da responsabilidade entre mais de um *co-surety*.

2.7 As vantagens do *performance bond* para os contratos de obra pública

A literatura nacional há muito vem apontando várias vantagens que a introdução efetiva do sistema de garantias nos moldes do *performance bond* americano teria para os contratos públicos.

⁶⁹ ELIZALDE, Carlos Hoyos. *El seguro de caución*. Madrid: Fundación MAPFRE, 2012, p. 282-283.

⁷⁰ Disponível em: <<https://www.gsa.gov/cdnstatic/SF25-16a.pdf?forceDownload=1>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

O Prof. Modesto Carvalhosa⁷¹, no mesmo trabalho que profere diagnóstico de que no Brasil prevaleceria capitalismo de laços (*crony capitalism*), apresenta vantagens da introdução do instituto do *performance bond* em prol da lisura das licitações públicas.

Neste diapasão, consignou que o *performance bond* proporcionaria a quebra da interlocução direta entre agentes públicos e privados na execução dos contratos de obras públicas, por meio da interposição, na relação contratual de um terceiro – a garantidora – interessado na regular execução do contrato⁷².

Ademais, o processo de subscrição do *performance bond*, em vista da análise minuciosa desenvolvida sobre o estado financeiro e técnico das empresas que solicitam a garantia, acabam por criar um universo de possíveis contratados habilitados e altamente qualificados à emissão de apólices, o que garantiria equanimidade no tratamento dos licitantes⁷³.

Além disso, o poder público se beneficiaria diretamente da *expertise* da seguradora, que complementa o processo de verificação da exequibilidade do contrato da respectiva obra e de seu respectivo projeto⁷⁴.

Aviltou também que o poder público poderia se beneficiar também dos arquivos e informações disponíveis na seguradora sobre o pretendente contratado⁷⁵.

Ainda expôs que o instituto incentivaria a formação de *joint ventures* com o objetivo de aumentar o espectro de licitantes responsáveis pela execução do contrato objeto da garantia⁷⁶.

⁷¹ CARVALHOSA, Modesto. **Performance bonds**: quebra de interlocução direta entre agentes públicos e privados na execução de contratos administrativos. In: PASTORE, Affonso Celso (org.). *Infraestrutura: eficiência e ética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017, pp. 203-232.

⁷² *Ibid.*, p. 215.

⁷³ *Ibid.*, p. 216.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 224.

⁷⁵ CARVALHOSA, *loc. cit.*

⁷⁶ CARVALHOSA, *loc. cit.*

Por último, Edward Cushman⁷⁷ consignou vantagem proveniente do fato de que a recusa em segurar determinados pretendentes proporcionaria ganhos ao ente público na medida em que a atuação da seguradora evitaria a sinistralidade.

Em adição ao que já foi apresentado, faz-se referência que as garantias em geral, incluindo o *performance bond*, são soluções para potenciais problemas de perigo moral (*moral hazard*) e seleção adversa (*adverse selection*)⁷⁸. Ajudam a proteger os credores contra alguns dos riscos de insolvência ou inadimplemento do devedor pela transferência desses riscos para o garantidor.

Em adição, aponta-se que a seguradora ao emitir garantias em prol de projetos de capital considerável teriam incentivos em fiscalizar os recursos que estarão sendo utilizados⁷⁹.

Ademais, além da garantia efetiva ao contratante público do cumprimento das obrigações compactuadas, a exigência de *performance bond* compeliaria as construtoras, mesmo na adversidade, a cumprir fielmente com o contrato em prol da não ocorrência do sinistro, pois, se não o cumprir, o sinistro poderá provocar uma queda na avaliação do *rating* da empresa para com as seguradoras especializadas em *performance bond*, dificultando ou, até mesmo, inviabilizando permanentemente a continuidade do seu relacionamento com as garantidoras, impossibilitando a participação dela em outras licitações de obras públicas, ou seja, o sinistro passa a representar para a construtora a destruição de sua reputação e também a de seus donos.

⁷⁷ CUSHMAN, Edward H. **Surety bonds on federal construction contracts**: current decisions reviewed. [S.l.]: Fordham Law Review, vol. 25, 2ª ed., p. 254.

⁷⁸ KATZ, Avery Wiener. **An economic analysis of the guaranty contract**. University of Chicago Law Review, vol. 66, 1ª ed., 1999, p. 59.

⁷⁹ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO. **Seguro garantia: obras do governo e aumento do limite da garantia**. Rio de Janeiro: Núcleo de Estudos e Projetos, n. 11, 2012, p. 8.

Logo, para evitar o sinistro, as empresas construtoras investirão no aperfeiçoamento de suas práticas gerenciais e financeiras em prol do controle proativo dos projetos em andamento com o intuito de evitar inadimplências de todo o gênero, ou seja, o *compliance*, os controles internos e a estrutura de governança empresarial assumirão função primordial para as empresas licitantes.

Ainda, em vista da necessidade de se ter avaliações consistentes dos potenciais custos a serem incorridos nas obras públicas a serem garantidas pelas seguradoras, é de se supor que essas irão exigir da administração pública que os projetos básico e executivo sejam confeccionados com grau de detalhamento suficiente para dirimir riscos e incertezas nos valores orçados a fim de prover maior grau de certeza na avaliação das probabilidades de ocorrência do sinistro.

Dessa forma, o *performance bond* cria incentivos para que haja uma melhora na qualidade dos projetos técnicos desenvolvidos pela administração pública.

Em que pesem tantas vantagens aqui demonstradas, há na literatura nacional quem também vislumbre sérias desvantagens na introdução do referido instituto como garantia de licitações de obras públicas.

Cesar van der Laan aponta que a garantia compulsória do valor integral do contrato, como acontece no *performance bond* americano, não irá naturalmente incentivar a seguradora a fiscalizar de perto a obra, pois ela não depende da fiel execução contratual para garantir o lucro. Isso porque o prêmio cobrado para assunção de risco, independentemente do valor coberto, já consideraria a expectativa de ocorrência de sinistro, que está atrelada ao risco do segurado e da própria viabilidade inerente ao projeto a ser segurado, o que na prática revelaria que a ocorrência do sinistro se constituiria em

mera questão probabilística já embutida na precificação ofertada pela companhia seguradora⁸⁰.

Também consignou que a frequência de atraso ou abandono de obra pela empreiteira já é baixa no Brasil, não necessitando da introdução de *performance bond* garantindo 100% do valor do contrato para manter baixa a inadimplência, o que só faria aumentar os custos da contratação para o setor público sem qualquer melhora no quadro de adimplemento das obrigações contratadas para com o setor público.⁸¹

Assinalou também que, no mais das vezes, é o próprio setor público que é o causador da paralização de uma obra ou serviço, em vista de mudanças ou indefinições contratuais, bem assim a falta de pagamento por contingenciamento orçamentário.⁸²

Ademais, apontou que o *performance bond* não seria uma forma efetiva de combate na corrupção em vista do fato de ser pequena a probabilidade de que a seguradora questione preços superfaturados, ou seja, não haveria incentivo econômico para que esse comportamento fiscalizador dos preços realmente acontecesse. Isso porque a avaliação de preços superfaturados não decorre de seu comportamento esperado como agente econômico, pois quanto mais caro for a obra, mais ele ganhará.⁸³

Também não se poderia dizer que a seguradora iria fiscalizar para garantir preço mínimo que seja suficiente para a execução do serviço contratado, pois o risco assumido já estaria fixado na apólice, independente de estar subfaturado ou não.⁸⁴

O *performance bond* traria impactos negativos sobre a concorrência e a concentração de mercado, já que exigiria não só um bom perfil de crédito do licitante

⁸⁰ LAAN, Cesar van der. **Reformulação da Lei de Licitações e Contratações Públicas: fragilidades na proposta de uso de seguro-garantia como instrumento anticorrupção**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, Texto para Discussão 206, set. 2016, p. 4.

⁸¹ *Ibid.*, p. 5.

⁸² LAAN, *loc. cit.*

⁸³ *Ibid.*, p. 6.

⁸⁴ LAAN, *loc. cit.*

como elevada capacidade econômico-financeira para prestar contragarantias, em ativo líquidos, às seguradoras, de até 100% do risco contratado.⁸⁵

Aviltou que os atrasos de cronograma já são puníveis com multas estipuladas em contrato, os quais já se constituiriam em incentivos bastantes para aderência contratual das empreiteiras.⁸⁶

Por último, apontou que haveria incapacidade do setor segurador brasileiro de retenção dos valores integrais de contrato a serem garantidos, caso se definisse como 100% do valor do contrato como compulsório na garantia.⁸⁷

No entanto, não parecem ser acertadas as conclusões oferecidas por Cesar van der Laan.

Primeiro, por que de fato há incentivos econômicos para que a seguradora controle e fiscalize a obra, pois o *performance bond*, ou seguro-garantia no Brasil, não é seguro propriamente dito, pois na sua relação contratual de garantia, a seguradora sempre intenta e procura que não aconteça o sinistro, ou seja, o índice de sinistralidade procurado deve ser zero. Aliada a outra característica dos *performance bonds*, a severidade do sinistro, caso o aconteça, em vista dos grandes montantes despendidos em obras públicas de grande vulto, a seguradora é incentivada para que controle e fiscalize seus garantidos por meio de *performance bond*.

Ademais, nesse ramo o sinistro não é pago pelo fundo criado com os prêmios pagos pela subscrição de *performance bonds*, mas pelo patrimônio da empresa seguradora que posteriormente deverá ser reparado pelo contrato de contragarantias assinado entre a seguradora e o devedor inadimplente.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 7.

⁸⁶ LAAN, *loc. cit.*

⁸⁷ *Ibid.*, p. 8.

Segundo, como foi visto na Introdução, não parece ser desprezível a quantidade obras públicas paradas por problemas relacionados com a empreiteira contratada. O Relatório do TCU destacou os seguintes problemas originados em razão da atuação da construtora: Problemas no projeto/execução da obra (13,58%); Rescisão contratual (7,95%); Problemas com a construtora (4,30%).

Agora, de fato, em consonância com o referido Relatório, o principal causador das paralizações de uma obra não é a contratada, mas a própria administração pública, principalmente por conta de problemas ligados ao contingenciamento orçamentário. No entanto, consegue-se vislumbrar benefícios com a introdução do *performance bond* na sistemática licitatória de modo a diminuir a ocorrência de paralizações em vista de falta de pagamento da administração pública.

À medida que qualquer tipo de paralização em vista de atos relacionados à administração pública contratante concederá exceções de defesa que poderão desencadear a desoneração da seguradora em relação à obrigação de garantia, o *performance bond* passa a direcionar incentivos para que a administração pública adimpla plenamente com suas contraprestações a partir do momento que efetivamente contrate a obra, sob pena de perder a garantia.

De fato, a ameaça de perda da garantia em vista de culpa da administração tem o condão de compelir as autoridades públicas a cumprir com suas contraprestações até o final do contrato, pois, se não o fizer, estará concretizado ato antieconômico, passível de punição exemplar pelos órgãos de controle, a exemplo do TCU.

Hoje, a paralização de obra por contingenciamento orçamentário não tem grandes consequências práticas para a administração, nem penalidades substanciais para os administradores públicos, em vista das dificuldades existentes de se enquadrar a

responsabilidade dos gestores pela ausência de recursos financeiros para continuar a obra ao longo do horizonte de vários meses ou até anos em que a obra ficou parada.

Deve-se punir que autoridades pela não conclusão da obra? As autoridades públicas que primeiramente licitaram a obra, por força dos princípios orçamentários dispostos na Lei nº 4.320⁸⁸, de 1964, que apenas exige, para que uma licitação de obras aconteça, que haja dotação orçamentária disponível e autorização para a despesa no primeiro ano da licitação? Cediço que, nos demais anos, necessita-se que a referida despesa com a obra seja novamente inserida no projeto de lei orçamentária.

Ou será que se deve punir as autoridades públicas dos anos subsequentes por ter contingenciado recursos para a finalização da obra? Esclarece-se que o contingenciamento de recursos em face da não realização de receitas conforme previsto na Lei Orçamentária é legítimo a fim de evitar o desequilíbrio financeiro.

No entanto, pensa-se que a perda da garantia passa a se revestir de fato jurídico relevante, precisamente determinado no tempo, com consequências nefastas para os contratos de obras públicas, passível de penalização de seus responsáveis.

Em seguida, não se concorda com a visão de que o *performance bond* não criaria incentivos para que a seguradora evitasse a apresentação de propostas com preços superfaturados ou inexecutáveis. Isso porque se os preços estiverem acima do valor médio de mercado, poderá acontecer intervenções de órgãos de controle, como os tribunais de contas, nos preços contratados de modo a diminuí-los, em vista do poder fiscalizatório dado pela Constituição Federal de 1988 em prol da proteção do erário.

E, se tal intervenção vier a acontecer, o valor devido pela administração contratante à empreiteira contratada pela obra em execução será diminuído após a contratação. No entanto, o valor da garantia a que se comprometeu a garantidora se

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 abr. 1964, seção 1, p. 3.195 (Retificação).

manterá, porquanto já subscrito o *performance bond*. Tal situação, em termos práticos, significa que, em caso de insolvência da empresa contratada, a garantidora terá que assumir a posição da empreiteira para terminar a obra garantida tendo direito a valores menores de contraprestação do contratante público que os esperados anteriormente, o que significa que essa terá que fazer o mesmo com menos dinheiro disponível, o que potencialmente aumenta o valor do sinistro e por conseguinte do valor do prejuízo para a seguradora que deverá ser ressarcido pelo acordo de contragarantias assinado com o devedor. Desse modo, tanto a garantidora quanto o próprio devedor passarão a ter incentivos em não superfaturar os preços contratados.

Por outro lado, a garantidora também tem incentivos para evitar a apresentação de preços inexecutáveis pela empreiteira garantida, porquanto, se forem baixos, esta dificilmente conseguirá adimplir o contrato integralmente, o que fará com que essa assuma a execução da obra por valor inferior ao que realmente deveria custar, impondo-a uma obrigação de execução da obra que pode ser menor que o valor das contragarantias oferecidas pela empreiteira garantida, o que significa prejuízo a ser pago pelo patrimônio da seguradora.

Também se discorda da posição de que o instituto traria impactos negativos sobre a concorrência e a concentração de mercado, em vista da exigência de bom perfil de crédito e elevada capacidade econômico-financeira para prestar contragarantias, pois o que se espera é realmente o contrário.

De nada adianta para competitividade da licitação um certame disputado por empresas que não possuem capacidade técnica e econômica para a obra licitada, pois mais cedo ou mais tarde elas se tornarão insolventes para com o contratante público. A competitividade deve ser estimulada por meio da participação de empresas sólidas, aptas para a empreitada licitada. Nada obstante, deve-se, é claro, evitar que a análise de

capacidade econômica e técnica das seguradoras imponham limites mínimos de capacidade e solidez empresarial que sejam demasiadamente altos com relação ao padrão eficiente de empreiteira para cada tipo, tamanho e complexidade de obra.

Salienta-se que, nos EUA, a introdução do *performance bond* no século XIX por meio do *Heard Act* foi estimulada em vista das características encontradas nas empresas do setor de construção civil, as quais podem ser detcatadas até hoje. Qualquer pessoa poderia se qualificar como um construtor, pois os custos para iniciar um negócio no setor de construção civil eram muito baixos e não havia exigência de qualificação. Como resultado, o mercado construtivo era grande e havia diversas empresas insolventes. A taxa de inadimplência era muito elevada, sendo que havia sido descoberto, à época, que a maioria das firmas que foram à falência durante a obra pública adjudicada, já estavam próximas de falir antes mesmo de iniciar a obra pública⁸⁹.

Paralelamente, pensa-se que o *performance bond* tem o condão de diminuir a concentração do mercado de licitação de obras públicas em um número maior de empresas, pois, em vista da análise a ser empreendida pelas seguradoras, as empreiteiras não conseguirão assumir quantidade de contratos que não comprovem capacidade de cumpri-los simultaneamente, o que abrirá possibilidade para que outras empresas disputem licitações.

Enfatiza-se o que Carvalhosa consignou anteriormente: à medida que a sistemática do *performance bond* impõe comprovação de capacidade técnica e econômica, cria-se incentivo para que empresas menores juntem forças em *joint ventures*, ou sociedades de propósito específico (SPE), para disputar licitações mais robustas⁹⁰.

⁸⁹ CALVERAS, Aleix; GANUZA, Juan-Jose; HAUKE, Esther. **Wild Bids**. Gambling for resurrection in procurement contracts. [S.l.]:Journal of Regulatory Economics, vol. 26, n. 1, 2004, p. 49.

⁹⁰ CARVALHOSA, *op. cit.*, p. 224.

Por último, deve-se asseverar ser falsa a acepção de que as empresas seguradoras brasileiras não tenham capacidade de retenção para o valor integral dos contratos de obra pública conforme demandado na sistemática do *performance bond*, pois já foi comprovado por entidades representativas das seguradoras que o setor securitário possui capacidade suficiente.

Em inferência a respeito de estudo da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNSeg) de 2006, pode-se perceber que a garantia de cumprimento de contrato para todas as obras do antigo Programa de Aceleração do Crescimento⁹¹ (PAC) com garantia de 100% do valor dos contratos somaria aproximadamente 10% do Patrimônio Líquido Ajustado (PLA) das empresas seguradoras nacionais.

Deve-se mencionar que o mercado de *performance bond*, em vista dos valores a serem garantidos e da severidade de seu sinistro, caso ocorra, precisam quase sempre de serem ressegurados, o que significa que os contratos de garantia a serem subscritos no Brasil não precisam de se basear apenas nas capacidades de retenção das empresas nacionais, mas também nas capacidades das empresas resseguradoras internacionais.

2.8 Natureza jurídica do *performance bond* nos EUA

A literatura estadunidense vem ao longo dos anos enfatizando as diferenças fundamentais existentes entre *surety bonds* e seguro.

Em que pesem ambos serem adquiridos para prover garantias contra perdas e embora companhias seguradoras costumem ser as subscritoras dos dois produtos nos EUA, as semelhanças acabam por aqui. Pode-se diferenciar os contratos de *suretyship* e de seguro pelos seguintes pontos:

⁹¹ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO, *op. cit.*, p. 12-13.

- a) O contrato de seguro é um contrato bilateral entre a seguradora e o segurado, em que esse se compromete a pagar o prêmio e aquele se compromete a prover garantia contra o risco segurado, enquanto que em um contrato de *suretyship* a relação jurídica é trilateral, entre a *surety*, o devedor-tomador (*principal*) e o credor (*obligee*), em que a *surety* se compromete a prover garantia contra o risco garantido perante o *obligee*, por meio de contrato de garantia e o principal se compromete a indenizar os prejuízos sofridos pela *surety* em caso de sinistro por meio do acordo de contragarantias;⁹²
- b) O prêmio do seguro é um resultado de um cálculo atuarial e é ajustado para cobrir o risco calculado de sinistro, enquanto que o prêmio do *surety bond* mais se pareceria com uma taxa administrativa em vista do fato de servir apenas para cobrir os custos de análise por parte da seguradora da credibilidade e capacidade do principal em performar o contrato original⁹³. Vale ressaltar que, conforme foi visto na seção sobre a composição e natureza do prêmio do *performance bond*, esse se reveste de maior relevância do que uma mera taxa administrativa do serviço realizado pela garantidora.
- c) Na relação contratual de seguro, a seguradora se compromete a indenizar o segurado em caso de sinistro como resultado de um evento independente; já na relação contratual de *suretyship*, a *surety* se compromete a responder pela dívida ou pelo inadimplemento do principal, até que se execute as contragarantias;⁹⁴
- d) Seguro é subscrito para cobrir perdas esperadas, mas os contratos de *suretyship* assumem pressuposto de que não haverá sinistros;
- e) Nos contratos de seguro, o risco segurado é transferido para a seguradora, enquanto que, nas *surety bonds*, o devedor-tomador continua retendo o risco dos contratos

⁹² SCHWARTZKOPF, *op. cit.*, p. 13.

⁹³ MOELMANN, Lawrence R.; HOROWITZ, Matthew M.; LYBECK, Kevin L. (Ed.) **The law of performance bonds**. Chicago: American Bar Association, 2ª ed., 2009, p. 24.

⁹⁴ SCHWARTZKOPF, *op. cit.*, p. 14.

certificados pela *surety* em vista da assinatura de um acordo de indenização em caso de inadimplemento do *principal*;⁹⁵

f) A subscrição de seguros é baseada em cálculos atuariais da probabilidade de ocorrência de sinistros esperados; já os *surety bonds* são preponderantemente subscritos baseados no julgamento da *surety* a respeito da credibilidade e capacidade do *principal* em adimplir o contrato principal. Nesse ponto, vale a pena repisar a já mencionada similaridade procedimental entre a análise de crédito bancário para a análise do prêmio pela subscrição do *surety bond*. Tanto o agente bancário quanto o subscritor de *surety bonds*, ao pré-qualificar os potenciais clientes, buscam evitar futuras perdas financeiras. O agente bancário quer que o tomador pague pelo empréstimo e o subscritor quer que o principal cumpra com suas obrigações garantidas pela *surety*. E a taxa de juros – e também o prêmio no *surety bond* –, em certa medida, dependerá da saúde financeira do cliente. Mas se o agente bancário concluiu que o potencial tomador de empréstimos não tem condições de arcar com o pagamento das despesas do empréstimo, a cobrança de taxas de juros exorbitantes não vai tornar o empréstimo mais atrativo para o banco. Similarmente, se o *principal* não demonstrar credibilidade e capacidade para adimplir o contrato principal, a cobrança de prêmios estratosféricos não fará o *surety bond* mais atrativo ao subscritor. É também por isso que na literatura acadêmica e especializada diz-se que a subscrição de *surety bonds* mais se assemelha a uma análise de crédito do que uma análise tradicional de seguros⁹⁶.

g) Os prêmios de seguro são geralmente pagos pelo beneficiário da apólice de seguro, enquanto que o prêmio dos *surety bonds* são pagos pelo devedor-tomador, mas o beneficiário/segurado é o credor;⁹⁷

⁹⁵ RUSSELL, *op. cit.*, p. 25.

⁹⁶ SCHWARTZKOPF, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 14.

h) Por meio da relação securitária não se tem obrigação de repagar à seguradora pelos benefícios pagos em caso de sinistro, a não ser o princípio da sub-rogação expressa que define os limites da capacidade da seguradora em exercer os direitos do segurado para buscar reparação contra quem tiver dado causa; no entanto, o devedor-tomador é obrigado a reembolsar a *surety* por qualquer perda incorrida, em caso de seu inadimplemento no contrato original⁹⁸.

Ante todo o exposto, percebe-se que os *surety bonds* não são seguros em face do *common law* americano, mas, por serem igualmente garantias contra perdas e mecanismos de tratamento de risco, costumam ser reguladas, nos EUA, pelo conjunto de regulamentações que instrumentalizam as operações de seguros⁹⁹, de modo que os riscos absorvidos pelas empresas atuantes na indústria de *surety bonds*, da mesma forma que se regula as operações de seguros, não sejam capazes de deteriorar a solvência financeira das empresas atuantes nos respectivos mercados.

Desta feita, em vista da similaridade dos processos operacionais de constituição de reservas técnicas e do instrumental de análise, transferência e pulverização dos riscos cobertos, tanto nos *surety bonds* quanto nos seguros, costuma ser comum que grandes companhias seguradoras também subscrevam *surety bonds* no mercado americano.

Dessa forma, se os *performance bonds* não são realmente seguros, deve-se indagar a real natureza desse instituto naquele país.

Desta feita, conforme já foi visto, para o direito americano existem dois tipos de garantias fidejussórias: as *suretyships* e as *guaranties*¹⁰⁰. Ambas funcionam como mecanismos de segurança para credores, dando a eles o direito de procurar satisfação do

⁹⁸ SCHWARTZKOPF, *loc. cit.*

⁹⁹ RUSSELL, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁰ HENKEL, *op. cit.*, p. 333.

crédito por mais de uma pessoa. As *guaranties* se assemelham às garantias autônomas existentes em alguns países, como Portugal¹⁰¹.

No direito americano, distingue-se entre a *real* e a *personal suretyship*. Se a *suretyship* incluir uma promessa de responder pela dívida de outra pessoa, essa é considerada uma *personal suretyship*¹⁰². Por outro lado, se a *surety* prometer propriedade ou hipoteca como contragarantia pela dívida de outra pessoa, essa será classificada como *real suretyship*¹⁰³.

Nos EUA, tanto as *guaranties* quanto as *suretyships* evoluíram conceitualmente pelo *common law*, mas também são delineados em vários *statutes of law* (normas positivadas). Hoje em dia, todos os estados americanos sancionaram estatutos específicos definindo os requisitos legais para *guaranty* e *suretyship* nas respectivas jurisdições. Alguns estados distinguem o *suretyship* da *guaranty*, outros aboliram qualquer diferenciação entre eles¹⁰⁴. O mesmo acontece no *Uniform Commercial Code* (UCC) dos EUA que estipula que um *surety* inclui um *guarantor* ou outro devedor secundário¹⁰⁵.

No entanto, o *Restatement (Third) of Suretyship and Guaranty*, ainda sendo uma das publicações mais respeitadas por todos os operadores do direito americano, mantém a distinção entre *guaranty* e *suretyship*¹⁰⁶.

Nada obstante, o direito das *guaranty* e das *suretyship* carecem de um corpo uniforme de regramentos nos EUA¹⁰⁷. Enquanto que o *Restatement* e o UCC proveem um

¹⁰¹ PESSANHA, Benedita. **Garantia Bancária Autônoma**: A qualificação da relação jurídica garante-garantido. Lisboa: Universidade Católica (dissertação), Junho, 2014, p. 7, Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17761/1/GARANTIA%20BANC%C3%81RIA%20AUT%C3%93NOMA.pdf>, Acesso em: 02 nov. 2018.

¹⁰² O que se identifica com a conceituação de “garantia fidejussória ou pessoal” do direito brasileiro em que se constitui a garantia prestada por pessoa e não por bem em contraposição ao conceito de “garantia real”.

¹⁰³ HENKEL, *loc. cit.*

¹⁰⁴ HENKEL, *op. cit.*, p. 334.

¹⁰⁵ HENKEL, *loc. cit.*

¹⁰⁶ HENKEL, *loc. cit.*

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 335.

instrumental básico, diferenças significativas existem ao longo de todas as jurisdições subnacionais norteamericanas.

De qualquer forma, pontuar-se-ão as características desse instrumento em termos mais genéricos de modo a abarcar o maior número de jurisdições. O *suretyship* é uma promessa sob a qual a *surety* fica primariamente responsável junto ao *principal*. Logo, a *surety* se torna responsável solidário (*jointly and severable liable*¹⁰⁸) com o *principal* em caso de inadimplemento do devedor-tomador. Apesar do fato de que esse mantenha consigo a responsabilidade primária pela obrigação garantida (caráter subsidiário da garantia), a responsabilidade da *surety* tem caráter reforçador da garantia e o credor tem um importante instrumento contra ambos¹⁰⁹.

A responsabilidade máxima do garantidor é limitada pelo valor penal do contrato de garantia, a menos que a garantidora escolha financiar o construtor, em cujo caso os custos podem exceder o valor penal do contrato de garantia.

A *suretyship* nos Estados Unidos tipicamente inclui três diferentes acordos expressos: a obrigação a ser garantida, o qual é o acordo entre o *principal* e o credor; o contrato de *suretyship*, entre o credor e o *surety*; e o acordo de contragarantias (*surety's indemnity agreement*), entre o *surety* e o *principal*.

Logo, o *performance bond* é constituída por uma relação tripartite, em que o garantidor-subscritor da garantia (“*surety company*”) garante ao credor-proprietário da obra (“*obligee*”) que o devedor-construtor (“*principal*”) irá cumprir com as obrigações pactuadas por meio do contrato entre esse e o credor. Se o devedor falhar em cumprir com essas obrigações, o credor pode declarar a insolvência do devedor e demandar do

¹⁰⁸ *Jointly liable* (responsável conjuntamente) significa que os devedores são responsáveis em conjunto pela dívida. *Severable liable* (responsáveis isoladamente) significa que os devedores também são responsáveis um a um. “*Jointly and Severable liable*” é idêntico ao significado da responsabilidade solidária no direito brasileiro.

¹⁰⁹ HENKEL, *op. cit.*, p. 348.

garantidor para que cumpra com as obrigações não cumpridas de acordo com as especificações acordadas anteriormente ou que pague os prejuízos incorridos pelo credor até o valor limite da responsabilidade do garantidor.

O contrato de *suretyship* cria uma obrigação secundária, mas incondicional, do *surety* consistente na promessa de pagar pelas dívidas do *principal* em caso de inadimplemento (*default*). Sob os termos do acordo de contragarantias, o *principal* promete à *surety* cobrir quaisquer prejuízos sofridos no âmbito do contrato de *suretyship*.

A *surety*, por ser responsável solidária com o *principal* – devedor primário da obrigação garantida –, tem o dever de satisfazer as reclamações dos credores com respeito à obrigação garantida. E quaisquer diferentes direitos, deveres ou limitações envolvendo essa responsabilidade devem ser definidos em um contrato expresso entre as partes (caráter solene do contrato de *suretyship*)¹¹⁰.

Geralmente, sob o *common law* americano, a *surety* se torna imediatamente responsável a partir do inadimplemento do devedor, pois assume responsabilidade primária com o credor, o qual pode procurar compensação direta com esse se o *principal* inadimplir a obrigação garantida, ou seja, o credor pode escolher processar o *surety* primeiramente antes do *principal* (não há benefício de ordem). Ademais, não se requer que o credor satisfaça os débitos para com o devedor antes de acionar o *surety*.¹¹¹

No direito americano, costuma-se apontar que as *sureties*, como garantidoras das obrigações contratadas pelo devedor, tem duas fontes de direitos: os provindos da *common law tradition* e os direitos estatutários (*statute rights*). Os direitos provindos da *common law* são os direitos reconhecidos por meio do histórico de julgados ao longo do tempo. Como exemplo, em julgado citado por Marilyn Klinger *et alli*¹¹², a corte suprema

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 352.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 353.

¹¹² KLINGER; BACHRACH; HALEY, *op. cit.*, p. 11.

do Texas procurou delimitar os direitos de reembolso dos prejuízos sofridos pelas *sureties* por meio dos julgados na *common law tradition* do Texas e também por meio de decisões americanas e inglesas pretéritas e mesmo no Direito Romano.

Seguindo a tradição jurídica americana, reconhece-se à *surety* primeiramente direitos de exoneração (*exoneration rights*), de modo a compelir o adimplemento da obrigação pelo devedor-tomador até o esgotamento de seu patrimônio disponível, em vista de ser obrigação primariamente desse em adimplir com seus deveres contratuais, de modo a evitar de todas as formas que a *surety* incorra em prejuízo¹¹³.

Ademais, a *surety* tem direito de reembolso dos prejuízos sofridos que deverão ser pagos integralmente pelo devedor (*reimbursement rights*)¹¹⁴. Mais especificamente, a *surety* tem direito de reembolso de todos os custos razoavelmente incorridos no cumprimento, por meio da garantia, da obrigação inadimplida pelo devedor-tomador, incluindo despesas incidentais¹¹⁵.

Na forma asseverada no *Restatement (Third) of Suretyship & Guaranty*¹¹⁶, os custos razoáveis de cumprimento da obrigação anteriormente inadimplida pelo devedor devem incluir:

- a) os recursos pagos ao credor como resultado do inadimplemento do principal;
- b) os custos de adimplemento posterior das obrigações não-monetárias;
- c) as despesas razoáveis incorridas pela *surety* ao procurar a existência de argumentos de defesa;

¹¹³ *Ibid.*, p. 10.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 11.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 13.

¹¹⁶ AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement (Third) of Suretyship & Guaranty*. Philadelphia, 1996, 361 p.

- d) as despesas razoáveis incorridas em defender os argumentos do principal em possível processo judicial contra o credor para forçar o cumprimento do contrato inadimplido;
- e) qualquer outra despesa incidental que a *surety* tenha incorrido em vista do processo de cumprimento das obrigações inadimplidas.

Deve-se salientar que a *surety* apenas pode procurar direitos de reembolso se conduzir investigação razoável sobre as causas da reclamação do inadimplemento antes de fazer qualquer pagamento. Tal ponto é fundamental, pois caracteriza que os contratos de *suretyship* não são do tipo *on demand* ou, como dito em português, à primeira demanda, pois os pagamentos devem depender de prévia análise das causas do inadimplemento, característica que alicerça a principal diferença desse tipo de garantia ao tipo *guaranty*, o qual costuma ser à primeira demanda.¹¹⁷

Ainda, a *surety* detém direitos de indenização que surgem a partir da prerrogativa da *surety* em procurar indenização do devedor-tomador por meio do acordo de contragarantias após pagar a dívida inadimplida (*indemnification rights*). Ainda, há os direitos de resolução contratual, caso alguma das condições resolutivas previstas se concretize (*termination rights*). E por último há os direitos de sub-rogação a partir do cumprimento pela garantidora da obrigação inadimplida (*subrogation rights*).¹¹⁸

O direito de indenização funda-se a partir da execução judicial do acordo de contragarantias (*indemnity agreement*). Se o acordo for executado, a *surety* pode apenas se basear nos termos exatos do dito acordo, pois os princípios do *common law* não podem ultrapassar o *pacta sunt servanda*. No entanto, nada impede que alguns desses princípios sejam previstos no corpo do acordo, como por exemplo a boa-fé contratual (*good faith*).

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 337-338.

¹¹⁸ KLINGER; BACHRACH; HALEY, *op. cit.*, p. 11.

Ainda, os direitos de sub-rogação são direitos também provindos da equidade do *common law*. Após o pagamento, a *surety* “se coloca nos sapatos do credor” (“*stands in the shoes of the creditor*”) e pode fazer valer os direitos do credor contra ao principal¹¹⁹. A sub-rogação é independente e não afeta o direito da *surety* por reembolso do *principal*.

No que tange aos direitos de resolução contratual (*termination rights*), constituem-se nas exceções da *surety* contra a demanda do credor para que a *surety* satisfaça a obrigação inadimplida, as quais podem, como consequência, liberar a *surety* da posição de devedor secundário da *suretyship*.¹²⁰

Se um credor garante uma liberação incondicional ao *principal*, ante os seus deveres contratados, esta liberação também funcionará como uma liberação da *surety*. O credor pode, no entanto, reter seu direito contra a *surety* e prevenir sua liberação. No entanto, mesmo que a *surety* permaneça responsável ante o credor, essa estará liberada no que tange à parte do valor referente aos prejuízos sofridos em vista das consequências geradas pela liberação do devedor pelo credor¹²¹.

Ademais, qualquer modificação ou alteração da obrigação garantida sem o consentimento expresso da *surety* pode também concorrer para a liberação da *surety*.¹²²

Neste diapasão, geralmente, a extensão do prazo contratual para o cumprimento da obrigação garantida pode ser considerada benéfica para a *surety*. De fato, a alongamento do prazo contratual ajudará o *principal* a evitar o inadimplemento e postergar o pagamento da obrigação pela *surety*. No entanto, a extensão do prazo pode causar um prejuízo à medida que a situação financeira do *principal* pode deteriorar ainda mais e a *surety* pode não mais ser capaz de recuperar seus créditos pagos ao credor do

¹¹⁹ HENKEL, *op. cit.*, p. 356.

¹²⁰ KLINGER; BACHRACH; HALEY, *op. cit.*, p. 12-13.

¹²¹ HENKEL, *op. cit.*, p. 357.

¹²² HENKEL, *loc. cit.*

devedor. Dessa forma, uma extensão do prazo apenas liberará a *surety* na medida dos prejuízos sofridos pela extensão do prazo contratual¹²³.

A modificação material do contrato acarreta a desconfiguração do propósito contratual original (*rebus sic stantibus*), em vista de alterações na natureza, significado, e efeitos legais do ajuste celebrado. Em casos antigos, a jurisprudência americana estava assentada na certeza de que tais modificações provocavam liberação total da *surety*. No entanto, a moderna visão da jurisprudência se assenta na comprovação de prejuízos sofridos pela *surety*, sendo liberada do compromisso de garantia na medida do montante dos prejuízos sofridos pelas modificações do contrato.¹²⁴

Deve-se salientar que os tribunais americanos têm solidificado entendimento de que as modificações materiais que aumentem substancialmente os riscos de prejuízos, como por exemplo uma mudança no projeto de uma obra de infraestrutura – em vez de ponte, um túnel, por exemplo – garantiria a liberação da *surety*.¹²⁵

Deve-se ainda mencionar que, sob a Lei americana, a *surety* é autorizada a se beneficiar de quaisquer ativos do devedor, incluindo cauções e retenções, que estejam na guarda do credor como contragarantias adicionais da operação. Se o credor deteriora o valor dos ativos ou os libera prematuramente, a *surety* é liberada proporcionalmente na medida do valor dos ativos¹²⁶.

¹²³ *Ibid.*, p. 357-358.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 358.

¹²⁵ HENKEL, *loc. cit.*

¹²⁶ *Ibid.*, p. 358-359.

3 Do seguro-garantia brasileiro

3.1 A conceituação do seguro-garantia: atual regulamentação e funcionamento do instituto

No capítulo anterior, consignaram-se as principais características apresentadas pelo *performance bond* nos EUA, as quais vieram sendo construídas ao longo dos anos nos tribunais (*case law*) e pelos estatutos (*statute of law*).

Neste capítulo, procuraremos esmiuçar as características até então apresentadas pelo candidato à congênere do *performance bond* americano no Brasil – o seguro-garantia – no atual conjunto de normas que o regulamentam, de modo a se avaliar se a essência do seguro-garantia de obras espelha a essência do *performance bond*.

No seguro-garantia, visa-se garantir obrigações de fazer, fornecer e prestar, razão pela qual, cada apólice possui, respectivamente, uma cobertura expressa de riscos. Desta feita, em termos gerais, o sinistro se constitui no inadimplemento do contrato principal pelo devedor-tomador.

Atualmente, o seguro-garantia no Brasil é regulamentado pela Circular Susep nº 477, de 30 de setembro de 2013. Deve-se ressaltar de antemão que, em vista da incipiência desse instituto no mercado brasileiro, não há jurisprudência relevantes a respeito do seguro-garantia, motivo pelo qual essa seção se baseará principalmente nos termos da referida circular. Conforme Marensi expõe, ainda hoje, a regulamentação do seguro-garantia, no Brasil, é pobre e precária¹²⁷.

O documento divide os tipos de seguro-garantia em dois ramos de seguros: o segurado – setor público (Ramo 0775) e o segurado setor privado (Ramo 0776).

O “Seguro-Garantia: Segurado – Setor Público” é o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado em razão

¹²⁷ MARENSI, Voltaire. **O seguro no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 9ª ed., 2009, p. 414.

de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda obrigações assumidas em função de processos administrativos, processos judiciais, inclusive execuções fiscais; parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa; e regulamentos administrativos.

No ramo 0775, estão inseridas várias modalidades de seguro-garantia. No entanto, releva mencionar a modalidade II, o Seguro-Garantia para Construção, Fornecimento ou Prestação de Serviços, o qual garante indenização pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador no contrato principal, para construção, fornecimento ou prestação de serviços, o qual se constitui no objeto da análise da presente monografia.

Além do objeto garantido, o seguro-garantia assegura também o pagamento dos valores devidos ao segurado, tais como multas e indenizações, oriundos das obrigações assumidas pelo tomador. Nesse sentido, o valor da garantia nesse seguro é o valor máximo nominal garantido pela apólice.

O prazo de vigência da apólice será igual ao prazo estabelecido no contrato principal para as modalidades nas quais haja vinculação da apólice a um contrato principal.

Em caso de alterações posteriores efetuadas no contrato principal, em virtude das quais se faça necessária a modificação do valor contratual (como no caso de reequilíbrios econômico-financeiros), o valor da garantia poderá acompanhar tais modificações, desde que solicitado e haja o respectivo aceite pela seguradora, por meio da emissão de endosso. Em casos de alteração do prazo de vigência do contrato principal, a vigência da apólice

deverá acompanhar tais modificações, desde que solicitado e haja o respectivo aceite pela seguradora, também por meio de endosso.

É vedado o pagamento de franquias, participações obrigatórias do segurado e prazo de carência nos planos de seguro-garantia. No entanto, será permitido à seguradora a pactuação livre com o tomador de um contrato de contragarantias, o qual não será submetido à análise da Susep.

O tomador é responsável pelo pagamento do prêmio à seguradora por todo o prazo da vigência da apólice. No entanto, o seguro continuará em vigor mesmo quando o tomador não houver pago o prêmio nas datas convencionadas, o que difere da regulamentação do seguro. Para receber as parcelas do prêmio, a seguradora poderá recorrer à execução do contrato de contragarantias.

A reclamação do sinistro deve ser demonstrada, por meio de documentos que permitam à seguradora iniciar os seus trabalhos de regulação do sinistro para efetuar a liquidação, de modo que tais documentos sejam entregues juntos à notificação prévia extrajudicial do segurado ao devedor quanto à inadimplência deste no contrato firmado entre ambos¹²⁸.

A seguradora indenizará o segurado, mediante acordo entre as partes, realizando, por meio de terceiros, o objeto do contrato principal, de forma a lhe dar continuidade, sob a sua integral responsabilidade; ou indenizando, mediante pagamento em dinheiro, os prejuízos e/ou multas causados pela inadimplência do tomador, cobertos pela apólice.

Após o pagamento da indenização ou iniciado o cumprimento das obrigações inadimplidas pelo tomador, a seguradora sub-rogar-se-á nos direitos e privilégios do segurado contra o tomador, ou contra terceiros cujos atos ou fatos tenham dado causa ao sinistro.

¹²⁸ ASSIS, Araken de. **Resolução de contrato por inadimplemento**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 108.

O segurado perderá o direito à indenização na ocorrência de uma das seguintes hipóteses: casos fortuitos ou de força maior; descumprimento das obrigações do tomador decorrente de atos ou fatos de responsabilidade do segurado; alteração das obrigações contratuais garantidas por esta apólice que tenham sido acordadas entre o segurado e o tomador, sem prévia anuência da seguradora; atos ilícitos dolosos ou por culpa grave equiparável ao dolo praticados pelo segurado, pelo beneficiário ou pelo representante de um e de outro; o segurado não cumprir integralmente quaisquer obrigações previstas no contrato de seguro; se o segurado fizer declarações inexatas ou omitir de má-fé circunstâncias de seu conhecimento que configurem agravação do risco de inadimplência do tomador ou que possam influenciar na aceitação da proposta; ou se o segurado agravar o risco intencionalmente.

No caso de rescisão contratual por inadimplemento do contratado, os créditos ainda disponíveis ao tomador no contrato principal serão utilizados na amortização do prejuízo e da multa porventura existente objeto da reclamação do sinistro, sem prejuízo do pagamento de indenização no prazo devido.

Ante todo o exposto, fica bem claro a proximidade conceitual entre o seguro-garantia com o *performance bond* americano, tipo de *personal suretyship*, pois aqui também há:

- a) uma relação tripartite entre a seguradora, o segurado e o tomador. Entre o segurado e o tomador, há o contrato principal objeto da garantia. Entre a seguradora e o segurado, existe a apólice do seguro-garantia emitida mediante o pagamento de um prêmio. E, entre seguradora e o tomador, existe o contrato de contragarantias.
- b) a assunção da responsabilidade quanto aos riscos que recaírem sobre o objeto de interesse da parte credora;
- c) relações obrigacionais de garantia e responsabilidade;

- d) previsão de limitação da responsabilização do garantidor;
- e) concepção jurídica reforçadora da garantia de adimplemento, como o é no *performance bond*;
- f) o caráter da obrigação de garantia como secundário, subsidiário, acessório da obrigação principal estipulada no contrato.

A única diferença evidente entre os institutos parece ser a falta de regulamentação no seguro-garantia a respeito das condições que a seguradora assume em face da garantia. No *performance bond*, está claro que a garantidora assume responsabilidade solidária com o devedor da obrigação garantida.

3.2 A origem do seguro-garantia: a explicação da tradição da fidejussão de contratos sob a forma de seguro e de sua estruturação como *penalty bond*

Nessa seção, será apresentada uma explicação histórica de o Brasil ter adotado garantia de obrigações contratuais como produto do setor securitário em discrepância com a tradição anglo-saxã anteriormente apresentada.

O seguro-garantia surgiu na Europa como espécie do gênero “seguros de crédito”¹²⁹. A vinculação entre os institutos tem um fundamento histórico, à medida que o primeiro nasce com o início de sua prática pelas companhias de seguro de crédito, sendo relativamente recente o desenvolvimento de empresas seguradoras especializadas no ramo seguro-garantia pelo mundo¹³⁰.

Desse modo, para se entender a evolução do seguro-garantia, faz-se necessário o estudo da origem do seguro de crédito, de forma a entender o momento em que este instituto se converte em figura autônoma, tanto pela prática securitária quanto por reconhecimento legislativo.

¹²⁹ RÍOS, Javier Camacho de los. **El Seguro de Caución**: estudio crítico. Madrid: Editorial MAPFRE, 1994, p. 53.

¹³⁰ ELIZALDE, *op. cit.*, p. 18.

As origens do seguro-garantia e de crédito podem ser encontradas no Direito Romano. Àquela época, praticava-se a *fideiussio indemnitis* o qual possui clara identificação com os seguros de crédito modernos: ao responder o *fideiussor* pela insolvência do devedor principal. Por outro lado, a *receptum argentarii* – figura do direito bancário romano, consistente com uma promessa formal de um banqueiro em pagar uma dívida alheia – parece se identificar com o seguro-garantia moderno, pois alguns tipos de *receptum argentarii* não teriam apenas a função de facilitar pagamentos, mas também desenvolviam função de garantia, de modo que o banqueiro romano respondia pelo pagamento de uma dívida de forma pessoal, independente da obrigação garantida.¹³¹

Ademais, os antecedentes mais imediatos na história com o seguro-garantia e de crédito seriam as figuras do *star del credere* e o seguro subsidiário, que, na França, chamava-se *reprise d'assurance*.¹³²

Pela figura do *star del credere*, o comissionista em troca de uma comissão sobre a venda, garantia ao comitente-vendedor o pagamento do valor acordado com o comprador na operação¹³³. A semelhança com o seguro se baseia no fato de que se assumia um risco, o não pagamento por parte do comprador, em troca de uma compensação (a comissão) e pela existência de um objeto segurado: a venda.

Quanto ao *reprise d'assurance*, a doutrina é unânime em considerá-lo como o antecedente imediato dos seguros de crédito e, por conseguinte, no seguro-garantia¹³⁴. Aquele surge por causa da insegurança causada pelos primeiros seguradores que eram comerciantes individuais, não dotados de estrutura jurídica forte nem de mecanismos de proteção contra insolvência securitária desenvolvidos (prática do resseguro incipiente). Quando os seguradores ganham força e passam a se revestir de melhor estrutura

¹³¹ ELIZALDE, *op. cit.*, p. 17

¹³² *Ibid.*, p. 18.

¹³³ *Ibid.*, p. 19.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 20.

organizacional, este seguro não desaparece, mas se transforma e passa a ser oferecido por companhias especializadas em “seguros de crédito”¹³⁵.

O seguro-garantia, nesse ínterim, aparece ligado ao seguro de crédito, constituindo em uma subespécie deste. Figuras como seguro-aval, seguro de fiança, seguro-caução, seguro-protesto, seguro de afiançamento, seguro de infidelidade, seguro de inadimplemento passam a ser utilizados dentro de uma tipologia do “crédito” e os diferentes contratos são realizados indistintamente pelas companhias seguradoras da época, sendo que sua configuração dependerá unicamente do tipo de risco a se assumir: insolvência profissional, insolvência definitiva, infidelidade, falta ou atraso de pagamento e na forma de redação da apólice.

A parte da cobertura de alguns riscos de crédito que, de forma esporádica, realizavam algumas companhias do século XVIII e as de risco de infidelidade que começam a surgir na Inglaterra ao redor de 1720 (os quais são *surety bonds* do tipo “*fidelity bonds*”), a primeira apólice de seguro-garantia foi realizada em 1831 pelo *Banco Adriatico di Assicurazione* em Trieste e mais tarde pelo *Assurances Generales de Trieste*, em 1837, ano em que esta começa a aceitar e estender sua cobertura aos riscos inerentes ao crédito¹³⁶.

Para Javier Camacho de los Ríos, nestes primeiros seguros em que se cobriam os riscos de crédito, podem-se encontrar práticas operacionais tanto do seguro de insolvência quanto do seguro-garantia¹³⁷.

Na época, alguns autores passaram a distinguir o seguro de crédito e o seguro de garantia apenas em vista de suas partes constituintes¹³⁸. Quando o contratante do seguro

¹³⁵ ELIZALDE, *loc. cit.*

¹³⁶ *Ibid.*, p. 21.

¹³⁷ RÍOS, *op. cit.*, p. 59.

¹³⁸ ELIZALDE, *op. cit.*, p. 22.

fosse o devedor em benefício do credor, concluía-se ter realizado seguro de garantia. No entanto, se o contratante fosse o credor, o seguro era de crédito em sentido estrito.

Dessa forma, foi na Itália que se institucionalizou a prática da garantia de obrigações contratuais como seguro, pois as operações eram realizadas sob a forma de apólices de seguro¹³⁹.

Da Itália, a cultura de identificação das garantias fidejussórias como seguro passou para os demais países da Europa continental e, por conseguinte, para os países da América Latina.

Ademais, deve-se ressaltar que, talvez por consequência dessa cultura securitária, também adveio a tradição de estruturação da garantia de cumprimento de contrato com limites de responsabilização em percentuais baixos do valor do contrato (4% na Espanha, 5% em Portugal, 5% na Alemanha¹⁴⁰ e 10% na maioria dos demais países da União Europeia e América Latina¹⁴¹, o que contrasta com a cultura comercial desenvolvida na indústria de garantias dos EUA (100% do valor do contrato), Panamá (100%) e do Canadá (50%), conforme será visto adiante.

Naqueles países, após o inadimplemento restar caracterizado, o papel do segurador não seria o de procurar o adimplemento do contrato ou buscar quem o faça, mas apenas pagar o importe baixo previamente estabelecido, pois na maioria das vezes costuma ser mais barato que assumir o cumprimento da obrigação.

Pensa-se talvez que a razão dos baixos percentuais está na necessidade primordial de pequenos valores de garantia de modo que a operacionalização do seguro na forma tradicional se tornasse mais facilmente sustentável, ou seja, por meio da formação de fundo bastante com os prêmios pagos para o pagamento de sinistros.

¹³⁹ POLETO, *op. cit.*, p. 12.

¹⁴⁰ ALEMANHA. **Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A)**. Stand 07, Jan. 2016.

¹⁴¹ ELIZALDE, *op. cit.*, p. 282.

Desta feita, conclui-se que os percentuais baixos de responsabilização nos seguros comercializados nos países que compartilham dessa vertente histórico-cultural tendem a evidenciar “garantias de contrato” mais parecidas com que se costuma chamar na literatura de “*penalty bonds*”¹⁴² do que com “*performance bonds*”, pois eles tendem a não garantir o adimplemento do contrato, mas o pagamento de uma pré-determinada montante de recursos no caso de sinistro.

3.3 A origem do seguro-garantia no Brasil: a herança da tradição da fidejussão de obrigações sob a forma de seguro

O início do exercício regulamentado da atividade securitária de garantia se deu na Itália em 13 de fevereiro de 1959 por meio do Decreto Presidencial nº 449, em que foram estabelecidas efetivamente as margens de solvabilidade das companhias e outras regras de procedimento¹⁴³.

Entrementes, especificamente a partir de 1964, o Brasil iniciou um amplo programa de desenvolvimento econômico que atingiu todos os setores, principalmente o industrial. Foi o período do milagre econômico brasileiro. Desde então, o Estado contratou a execução de grandes obras públicas que precisavam de instrumentos que garantissem o cumprimento dos contratos.

Em razão disso, em 1966, o Decreto-Lei nº 73 foi sancionado com o intuito de modernizar o funcionamento do sistema de seguros privados nacional. Em seu art. 3º, assevera-se que se considera operações de seguros privados, entre outros, os seguros de garantias¹⁴⁴. Desta feita, percebe-se que, a partir de tal normativo, inicia-se no Brasil viés

¹⁴² ELIZALDE, Carlos Hoyos, Toward a new model for the european union. **Mercado Asegurador**. Disponível em: <<http://mercadoasegurador.com.ar/backup/adetail.asp?id=456>>. Acesso em: 30 out. 2018.

¹⁴³ POLETO, *op. cit.*, p. 12.

¹⁴⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 nov. 1966. Col. 4, p. 13524. Art 3º Consideram-se operações de seguros privados os seguros de coisas, pessoas, bens, responsabilidades, obrigações, direitos e garantias.

histórico-cultural que nasceu na Itália que consiste em se tratar as garantias fidejussórias mercantis de cumprimento de contrato como seguros.

Ainda, no art. 20, assevera serem obrigatórios os “seguros de garantia do cumprimento das obrigações do incorporador e construtor de imóveis” e os de “pagamento a cargo de mutuário da construção civil, inclusive obrigação imobiliária”.

No entanto, percebe-se que tal Decreto-Lei apenas consignou que os seguros de garantia fazem parte do sistema de seguros privados e que há dois tipos de seguros de garantia que são obrigatórios, não procedendo a qualquer tipo de regulamentação do que seria o seguro de garantia e como seria regulamentado. Conforme Poletto ressalta, o seguro-garantia surgiu no Brasil sem sequer existir uma lei que o regulasse de maneira correta¹⁴⁵.

Por meio do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, a chamada Lei da Reforma Administrativa, dispôs-se sobre as exigências para contratação de obras da administração federal, estadual e municipal, incluindo o seguro-garantia como uma das modalidades a ser aceita¹⁴⁶.

O Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973, ao regulamentar o Decreto-Lei nº 200, de 1967, manteve o seguro-garantia como uma das formas de garantia a ser exigida em licitações¹⁴⁷. Apenas em 1982, por meio da Circular nº 8, de 31 de março de

¹⁴⁵ POLETTI, *op. cit.*, p. 33

¹⁴⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 1967, Seção 1, p. 7587. Art. 135. Será facultativa, a critério da autoridade competente, a exigência de prestação de garantia por parte dos licitantes segundo as seguintes modalidades: I - Caução em dinheiro, em títulos da dívida pública ou fidejussória; II - Fiança bancária; III - Seguro-garantia.

¹⁴⁷ BRASIL. Decreto 73.140, de 9 de novembro de 1973. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 12. Nov. 1973, col. 2, p. 11516. Art. 61. A critério da Administração, poderá ser exigida prestação de garantia por parte dos licitantes ou contratados, nas seguintes modalidades: I - Caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública; a) a dívida pública; b) emitidos ou garantidos por entidades financeiras oficiais; II - garantia fidejussória; III - fiança bancária; IV - seguro-garantia.

1982, que a SUSEP veio a regulamentar pela primeira vez o seguro-garantia para tentar adequá-lo à realidade brasileira.

Deve-se registrar a apatia institucional em prol da regulamentação do seguro-garantia, pois este instituto passou a ser uma das alternativas de garantia licitatória desde 1967 e havia sido criado desde 1966, pelo Decreto-Lei nº 73, mas foi regulamentada pela SUSEP apenas em 1982, o que evidencia um certo desinteresse institucional, talvez em consequência do desinteresse da sociedade empresarial brasileira frente a real importância e necessidade desse tipo de garantia.

De fato, em que pese o instituto estivesse contemplado na Lei de Licitações da época, bem como sua previsão legal na Lei geral de seguros (Decreto-Lei nº 73, de 1966), o seguro-garantia não chegou a ser utilizado em patamares desejáveis quando comparado com outros países. A complexidade do instituto, aliado à falta de interesse das seguradoras e a possibilidade de se utilizar garantias tradicionais, como a fiança bancária, contribuíram para o não desenvolvimento deste instrumento de garantia¹⁴⁸.

No entanto, ao ver desse autor, o mais importante fator para o não crescimento do uso do seguro-garantia a partir de 1967 foi o contexto monetário-regulatório que havia no Brasil desde 1964.

Após a mudança de regime em 1964, ocorreram importantes reformas no sistema financeiro nacional, como a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Banco Nacional da Habitação (BNH) e a criação da indexação. Tais reformas tenderam não a reduzir o papel do Banco do Brasil de emissora de moeda, mas a intensificou, em concorrência com o Banco Central do Brasil (Bacen), o que acabava por deixar frouxa a administração monetária do país¹⁴⁹.

¹⁴⁸ POLETTI, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁹ BAER, Werner. **A economia brasileira**. São Paulo: Ed. Nobel, 2ª ed., 2002, p. 158.

Dessa maneira, os bancos oficiais, entre eles o Banco do Brasil, não tinham exigências de reservas compulsórias e seus passivos monetários eram, consequentemente, financiados automaticamente pela expansão da base monetária nacional, pois apenas necessitava que se recorresse ao Banco Central em busca de recursos por meio da *conta de movimento*¹⁵⁰.

Ademais, o Banco Central, nesta época, tinha estado diretamente envolvido no fornecimento de recursos especiais destinados ao setor financeiro, a empresas de exportação e à compra de moeda estrangeira. Caso seus recursos financeiros, não fossem suficientes para atender a tais obrigações, simplesmente emitia mais moeda¹⁵¹.

Logo, em vista do preço baixo que tinham os novos recursos financeiros que poderiam ser disponibilizados para os bancos, por causa da desenfreada emissão de moeda do Banco Central, o preço de produtos como a fiança bancária se tornavam irrisórios a tal ponto de que poderiam ser prestados pelos bancos a custo zero, apenas devido ao relacionamento do solicitante com o banco.

De fato, os valores a serem cobrados dos clientes eram livremente pactuados entre estes e a instituição financeira. Embora não houvessem regras fixas, habitualmente percebe-se correlação entre a comissão cobrada pela prestação de fiança e o *spread* das operações ativas, como os empréstimos bancários.¹⁵²

Nessa situação, aliado aos baixos valores que costumavam a ser garantidos (entre 5 e 10% do valor do contrato), patamar de valor que proporcionava competitividade ao produto “fiança bancária”, porquanto as contragarantias eram facilmente preenchidas por meio dos próprios recursos das empresas que estavam investidos nos bancos, os seguros-

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 154.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 160.

¹⁵² PAULIN, Luiz Alfredo. **Da fiança bancária**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 14, n. 53, jul./set. 2011, p. 7.

garantia não conseguiam mostrar atratividade frente às soluções concorrentes de mercado.

Em 1986, o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, revogou o Decreto-Lei nº 200, de 1967. Esta manteve o seguro-garantia como exigência facultativa à Administração, mas o limitou a 5% do valor do contrato¹⁵³. Foi a primeira vez que se definiu limite na Lei para a garantia de licitações.

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 2.348, de 24 de julho de 1987, alterou essa limitação especificamente no que toca ao seguro-garantia, mantendo-a para caução e para a fiança¹⁵⁴.

Após a promulgação da Constituição Cidadã, iniciou-se projeto de nova Lei de Licitações que veio a ser promulgada em 21 de junho de 1993. O projeto que foi à sanção presidencial procurou manter a regra que estava vigente no período pré-constituição, no que tange à possibilidade de seguro-garantia de até 100% do valor do contrato. Esta previa no seu art. 56 a possibilidade ao administrador público da exigência de seguro-garantia em obras e serviços de grande, médio e pequeno vulto, sendo obrigatório apenas nas maiores e opcional, desde que se fundamentasse a necessidade, para as de médio e pequeno valor.

No entanto, o Presidente da República, sob orientação do Ministro da Justiça da época, resolveu revogar as partes que faziam menção ao seguro-garantia. O chefe de

¹⁵³ BRASIL. Decreto-Lei 2.300, de 21 de novembro de 1986. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 nov. 1986, seção 1, p. 17163. Art. 46. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. § 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades: 1. caução em dinheiro, em títulos da dívida pública da União ou fidejussória; 2. fiança bancária; 3. seguro-garantia. § 2º Quando exigida, a garantia não excederá de 5% do valor do contrato.

¹⁵⁴ BRASIL. Decreto-Lei 2.348, de 24 de julho de 1987, **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo**, Brasília, DF, 27 jul. 1987, seção 1, p. 17673. Art. 1º As disposições adiante indicadas do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, passam a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 46 [...] § 2º As garantias a que se referem os números 1 e 2 do parágrafo anterior, quando exigidas, não excederão de 5% do valor do contrato.

Estado, em defesa da revogação, alegou que o seguro-garantia poderia comprometer a democratização e a lisura das licitações tendo em vista que¹⁵⁵:

- a) não havia na Lei qualquer critério objetivo para orientar o administrador público na fixação do valor de cobertura;
- b) não havia o estabelecimento de limite para sua exigência o que permitiria segundo a exposição de motivos uma indesejável e perigosa limitação, pelos agentes da administração pública do universo de possíveis licitantes através da fixação arbitrária do montante exigido, segundo a conveniência subjetiva do administrador;
- c) a legislação sobre o assunto exigia que as empresas a serem seguradas estivessem cadastradas no Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), monopolista do produtos de resseguro no mercado nacional à época, que estabelecia por cadastro o limite máximo de concessão de seguro-garantia por empresa, o que ensejava o conhecimento prévio daquelas empresas que poderiam atender às exigências dos editais licitatórios a serem lançados na praça, o que facilitaria a composição de negociações indesejáveis que poderiam comprometer o caráter competitivo;
- d) favoreceria as grandes empreiteiras, visto que a sistemática das seguradoras para estabelecer o limite técnico de cobertura dos riscos é baseada no valor do patrimônio líquido da empresa vencedora da licitação.

Entretanto, tais alegações não deveriam ter prosperado à época, caso o Chefe de Estado à época tivesse sido devidamente orientado. Isso porque primeiro, a exemplo dos EUA, os critérios objetivos e os limites da garantia contratual poderiam ter sido regulamentados por meio de Decreto Presidencial que vinculasse toda a administração pública federal. Ademais, o simples conhecimento das empresas que poderiam atender às

¹⁵⁵ BRASIL. Mensagem de Veto nº 335, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993, seção 1, p. 8281. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8666-21-junho-1993-322221-veto-24420-pl.html> Acesso em: 30 out. 2018.

exigências de seguro-garantia, em vista do prévio cadastramento no IRB, não retiraria a lisura dos certames realizados, pois nada impede que a mesma seguradora pudesse segurar mais de um licitante ou nenhum, ou mesmo cossegurar, em associação a outras seguradoras, um mesmo licitante.

A competição por seguro-garantia para atender as exigências de potenciais licitações é externa à competição licitatória e, por isso, não diminui a competitividade licitatória.

Por último, não é verdade consignar que a sistemática do seguro-garantia tende a favorecer as grandes empreiteiras, pois o que acontece é exatamente o contrário: tende a desconcentrar a adjudicação de objetos licitados em um maior número de licitantes à medida que tende a diminuir a capacidade de absorção de obras públicas por grandes empreiteiras, pois passam a ser examinadas em sua capacidade financeira e técnica a cada nova licitação pelas seguradoras do seguro-garantia como requisito para a emissão da garantia, o que significa o estabelecimento de um limite tácito de capacidade de contratação para as empresas pretendentes.

Não à toa que o número de construtores norteamericanos que aparece entre os vinte maiores do mundo é extremamente baixo quando comparamos com outros setores industriais nas quais as companhias norte-americanas costumam ocupar os postos entre os maiores do mundo. Tal diferença pode ser explicada pelo sistema de *performance bond* americano que exige 100% de garantia sobre o valor do contrato¹⁵⁶.

Em vista da revogação, foi promulgada a Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994, a qual reformou a Lei 8.666, de 1993, de modo a voltar a se prever o seguro-garantia como alternativa de garantia. No entanto, alterou substancialmente o propósito do instituto ao limitar em apenas 5% do valor do contrato – e 10% em obras de grande complexidade –

¹⁵⁶ ELIZALDE, 2012, p. 282-283.

e ainda ao permitir que o licitante escolha qual tipo de garantia oferecer na licitação – entre caução em títulos ou dinheiro, fiança bancária ou seguro-garantia.

Em vista da consolidação do seguro-garantia como modalidade de garantia a ser oferecida nos leilões, a partir de 1994, dois fatores concorreram para impulsionar o uso do seguro-garantia frente às demais modalidades concorrentes.

A partir de 1994, com a estabilização inflacionária da economia brasileira, os bancos perderam um importante grupo-fonte de rendas: as derivadas de empréstimos em épocas de hiperinflação que rendiam juros e correção monetária diários, como o Depósito Interfinanceiro de um dia (DI *overnight*)¹⁵⁷.

Ademais, a partir da entrada do Brasil como signatário no Acordo de Basiléia, por meio da Resolução nº 2.099, de 1994, do Conselho Monetário Nacional, as emissões de cartas de fianças bancárias passou a ser dificultada, pois sua emissão foi caracterizada como operação ativa de crédito e, como tal, toma o limite operacional do Banco. Como consequência, seu custo passou a ser mais elevado do que outros instrumentos congêneres, como o seguro-garantia.

Como resultado, a partir de 1994, o seguro-garantia, por obrigação legal e por ser a opção mais econômica para atender as exigências licitatórias asseveradas pela nova Lei de Licitações, teve crescimento expressivo no número de apólices subscritas, conforme pode ser visto na tabela abaixo.

¹⁵⁷ FORTUNA, Eduardo. **Mercado Financeiro**. São Paulo: Quality Mark, 16ª ed., 2005, p. 115 *et seq.*

Tabela 2 - Mercado do Seguro-Garantia (“prêmios ganhos” de 1994 a 1999)¹⁵⁸

Ano	Premio Total (em milhões de reais)	Premio do Seguro-Garantia (em milhares de reais)	Aumento %	Participação do Seguro-Garantia no total de prêmios do setor
1994	11.869	5.287	-	0,04%
1995	14.718	18.756	254,76%	0,13%
1996	15.111	35.698	90,33%	0,24%
1997	18.395	53.204	49,04%	0,29%
1998	19.395	73.995	39,08%	0,38%

Nos últimos cinco anos, o setor de seguro-garantia tem apresentado taxa de crescimento médio de 40,2% nos prêmios ganhos, tendo atingido, em 2017, a participação de 2,35% do total dos prêmios ganhos no setor de seguros do país.

Tabela 3 – Mercado do Seguro-Garantia (“prêmios ganhos” de 2011 a 2017)¹⁵⁹

Ano	Premio Total (em milhões de reais)	Premio do Seguro-Garantia (em milhões de reais)	Aumento anual	Participação do Seguro-Garantia no total de prêmios do setor
2011	105.001	431		0,41%
2012	129.401	554	28,48%	0,43%
2013	138.710	785	41,78%	0,57%
2014	91.486	916	16,64%	1,00%
2015	95.699	1.481	61,75%	1,55%
2016	96.840	1.913	29,13%	1,98%
2017	100.563	2.363	23,55%	2,35%

¹⁵⁸ POSSIEDE, João Gilberto. **Os Três “C”**, p. 7 In: O ‘GARANTE’: as perspectivas do seguro garantia no Brasil. Ano XIX, n. 93, jan./fev. 1999, p. 4-8.

¹⁵⁹ SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. **Sistema de Estatísticas da SUSEP**, versão 4. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/menuestatistica/SES/principal.aspx>>. Acesso em: 30 out. 2018.

Em que pese o vertiginoso crescimento nos últimos anos e sua aceitação plena pela administração pública, a sua subscrição não vem significando tratamento adequado dos problemas que afligem o setor de obras públicas.

A limitação da garantia para, no máximo, 10% do valor do contrato impôs ao seguro-garantia um caráter de *penalty bond* ao invés de um verdadeiro *performance bond*, à medida que acabam por não garantir o adimplemento do contrato, mas apenas o pagamento de uma quantia pequena de recursos no caso de inadimplemento do devedor da obrigação¹⁶⁰, os quais apenas servem para garantir, no máximo, o pagamento de multas e penalidades porventura impostas pelo inadimplemento do devedor contratado.

Ademais, salienta-se que, ao deixar relegado ao licitante a escolha da forma de garantia a ser oferecida, a decisão acaba por impor ineficiência, à medida que a escolha mais eficiente – ou menos econômica – para o licitante, pode não ser a mais eficiente para a manutenção do sistema de incentivos em prol do adimplemento dos contratos da forma mais eficiente possível para a sociedade. Conforme Engel *et alli* consignou, essa sistemática não gera incentivos para que os contratados escolham a alternativa mais eficiente para o contratante, pois as contratadas não internalizam os custos sociais incidentes sobre o contratante¹⁶¹.

De qualquer forma, a escolha na configuração atual de garantias, em que o seguro-garantia funciona com estrutura de operação idêntica ao da fiança bancária, como será visto posteriormente, diferindo deste apenas na caracterização do polo garantidor – segurador ou banco – pouco faz diferença prática na escolha entre os modos, sendo que a única certeza é recusa de praticamente a totalidade dos contratados, com poucas exceções,

¹⁶⁰ ELIZALDE, 2018.

¹⁶¹ ENGEL, A.; GANUZA, J. J.; HAUKE, E.; WAMBACH, A. **Managing risky bids**. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

de oferecer caução em dinheiro ou títulos em vista de claramente ser a opção mais cara entre todas, em vista da retenção de ativos de liquidez imediata¹⁶².

3.4 A natureza jurídica do seguro-garantia

3.4.1 Sobre o seguro-garantia da Circular nº 477, de 2013

Na doutrina pode ser encontrado posicionamentos dos mais diversos sobre a natureza jurídica do seguro-garantia, podendo essas diferentes visões serem agrupadas em três campos distintos: os que consideram tais operações como seguro; os que a consideraram fiança e os que o consideram híbrido entre os dois anteriores¹⁶³.

Para Marensi¹⁶⁴, em vista das características do seguro-garantia – uma garantia comercial, acessória, comutativa, bilateral e onerosa, por excelência – esse seria típico contrato de fiança.

Para Poletto¹⁶⁵, parte da doutrina aponta características acertadas que o assemelham à fiança e outra parte o aponta ser seguro por razões igualmente contundentes.

A favor da sua aproximação com a fiança estão: o seguro-garantia é acessório do contrato principal; não existe interesse segurável; o segurado não é parte no contrato que regula a emissão da apólice; o sinistro pode ser produzido por ato voluntário do tomador. A favor de seu caráter securitário estão os seguintes argumentos: o seguro-garantia é instrumento típico positivado na norma legal; as seguradoras estão autorizadas a subscrever o seguro-garantia; atribuir a essência de fiança ao seguro-garantia estaria por

¹⁶² A caução em dinheiro ou em títulos é mais cara porque, em vista de sua liquidez, rende frutos os quais acabam por aumentar o valor total da garantia depositada pelo contratado para patamares superiores aos percentuais limite da lei (até 5% ou 10% do valor do contrato), enquanto que, no seguro-garantia e na fiança bancária, os cálculos

¹⁶³ COMPARATO, Fabio Konder. **O seguro de crédito**: estudo jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 90.

¹⁶⁴ MARENSI, *op. cit.*, p. 414.

¹⁶⁵ POLETTTO, *op. cit.*, p. 73 *et seq.*

conferir o caráter de fiança a qualquer forma de garantia; o seguro-garantia se harmoniza com o conceito legal de seguro.

No entanto, este se caracterizaria por externar elementos únicos como a figura do tomador em uma relação plurilateral (ou tripartite) vinculada como instrumentos diferentes para cada binário relacional. Dessa forma, conclui que a natureza jurídica do seguro-garantia é própria do instituto, ou seja, não possui caráter nem de seguro nem de fiança, mas estrutura jurídica híbrida.

Para Javier Camacho de los Ríos¹⁶⁶, deve-se ressaltar a função caucional do seguro de caução (nome dado ao seguro-garantia na Espanha), em vista de a razão do seu surgimento foi precisamente substituir a caução que, em certos casos, deve ser prestada por determinadas por pessoas. Portanto, por isso, seria fiança suficiente, suscetível de substituir a prestação de uma caução. Desse modo, a apólice do seguro de caução se configura como meio de instrumentalizar a caução que, com motivo de realização de certas operações, precisa ser prestada.

Já Renato Macedo Buranello¹⁶⁷ aponta haver apenas duas diferenças entre o seguro-garantia e o instituto da fiança: a sua instrumentalização por meio de seguro e o fato de que o prêmio no seguro-garantia seria fixado com base estatística e atuarial, diferentemente do que ocorre com a comissão paga pelo devedor ao banco na fiança bancária.

Por outro lado, haveria diferenças fundamentais quando comparado aos elementos formadores do seguro:

a) O seguro-garantia não é contrato de adesão e, em regra, não tem sua estrutura ligada ao mutualismo e à atuária. Nos ramos de seguro, a atuária é instrumento

¹⁶⁶ RÍOS, *op. cit.*, p. 37.

¹⁶⁷ BURANELLO, Renato Macedo. **Do contrato de seguro**: o seguro garantia de obrigações contratuais. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 171.

fundamental da atividade, trazendo as informações dos índices de sinistralidade e das taxas a serem aplicadas. Com o seguro-garantia seria muito diferente, pois nele é analisada cada operação no aspecto econômico-financeiro e operacional, ressaltando-se a capacidade de performance do tomador. Em sua análise para subscrição do risco são avaliadas as três mais conhecidas ordens de análise de crédito: capacidade, competência e caráter¹⁶⁸;

b) No seguro-garantia, o sinistro poderá ocorrer pela vontade do tomador em não cumprir aquilo a que estava contratualmente obrigado, o que afeta o conceito de risco puro enquanto elemento essencial do seguro e ofende aos princípios securitários¹⁶⁹;

c) O pagamento do prêmio é feito pelo tomador e a falta desse pagamento não poderá ser oposta ao segurado, mantendo-se a apólice vigente, o que não ocorre normalmente no mecanismo do seguro por conta de outrem¹⁷⁰.

Desse modo, ainda que o seguro-garantia seja emitido por empresa seguradora que se capacita patrimonialmente por meio dos requisitos técnico-operacionais próprios do setor securitário para responder pela garantia, segundo ele, não haveria como não concluir a natureza fidejussória da obrigação assumida pelo segurador¹⁷¹.

No entanto, esclarece que se articula a inclusão de uma obrigação de garantia no meio ou instrumento de uma apólice de seguro. Isso equivaleria a dizer, até certo ponto, a disciplina a que se sujeita o contrato, está atrelada ao regime jurídico da atividade securitária.

De qualquer forma, concluiu que negar ao seguro garantia, pelo apego ao próprio nome, a autêntica natureza de fiança seria o mesmo que encobrir sua causa última¹⁷².

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 174-175.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 177.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 180.

¹⁷¹ BURANELLO, *loc. cit.*

¹⁷² *Ibid.*, p. 188.

Comparato¹⁷³, ao estudar os seguros de crédito, definiu os elementos fulcrais desse instituto com fins de se concluir que se tratava conceitualmente de seguro. No entanto, em meio à sua discussão, pontua a diferenciação desse com relação aos chamados seguros fidejussórios, os quais, segundo ele, não seriam seguro, mas negócios fidejussórios, como a fiança.

Tais pontuações apresentadas pelo autor, em que pesem serem relacionadas ao seguro de crédito, se mostram importantes transcrevê-las, pois primeiro se constituem em uma comparação de uma figura securitária com aquilo que se constitui na fiança, o que pode dar pistas sobre a real natureza do seguro-garantia aqui estudado.

Comparato consignou que a diferenciação da natureza jurídica do seguro de crédito com os negócios fidejussórios não pode ser definida pelos seguintes fatos irrelevantes¹⁷⁴:

- a) Por ser a operação praticada por companhia de seguros e batizada como seguro para tal, pois se nem mesmo a denominação legal costuma ser decisiva para o estabelecimento da natureza jurídica, então a nomenclatura contratual-costumeira é plenamente desprezível para tal empreitada;
- b) Pelo argumento de que nos seguros fidejussórios a eventualidade do não pagamento ser tratada como risco, segundo métodos atuariais de previsão e compensação próprios de seguro, pois nas operações fidejussórias com os bancos estes também se fundam em métodos estatísticos para calcular os riscos a serem assumidos;
- c) pela determinação de quem paga o preço pela emissão da garantia é o tomador, pois nada impede que se faça estipulação em favor de terceiro;
- d) pelo fato, inverídico por sinal, de que os seguros são contratados com caráter de boa-fé o que seria dispensado nos negócios fidejussórios com bancos por exemplo, o que

¹⁷³ COMPARATO, *op. cit.*, p. 88 *et seq.*

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 94

não é verdade, pois o dever de boa-fé é princípio cardeal do direito moderno que tem influência alemã¹⁷⁵;

e) por se tratar de um contrato concluído a título principal, apresentando um sentido completo e independente em contraposição ao sentido incompleto, acessório da fiança, haja vista também se admitir que haja seguros dependentes de outros contratos, como o seguro-prestamista;

f) pelo caráter unilateral do negócio fidejussório ao comparar com o caráter bilateral dos seguros, pois admitir isso apenas resultaria em uma distinção que está perempta em face da evolução dos negócios na economia moderna que admitem variação dos modelos perfeitos de contrato;

g) por diferenciação entre os institutos com base no tipo de risco assumido: no seguro, o risco teria que ser de insolvência e nos negócios fidejussórios o risco seria de impontualidade do devedor¹⁷⁶.

Segundo esse autor, a obrigação do garante no negócio fidejussório se diferencia da obrigação do segurador no seguro de crédito à medida que os negócios fidejussórios consubstanciam em responsabilidade acessória, ou melhor, uma responsabilidade pela dívida de outrem, enquanto que a obrigação do segurador no seguro de crédito é uma relação autônoma e completa. A existência de um fiador na relação de obrigação representa para o credor uma garantia acessória à garantia normal que já possui contra devedor principal. Pelo fato de que assume dívida de outrem com se sua fora, o fiador pode opor ao credor as exceções extintivas da obrigação que compitam ao devedor principal. A seguradora não intervém ao lado do devedor, assumindo o débito, mas obriga-se para com o segurado-credor com dívida e responsabilidade próprias. Em vista

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 95.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 97.

disso, não lhe é lícito fazer valer contra o credor exceções que compitam pessoalmente ao terceiro devedor, como a falta de pagamento de sua comissão.

Desta feita, concluiu pela natureza fidejussória do seguro-fiança e do seguro-aval (variantes vocabulares do seguro-garantia) em vista de:

- a) o contratante da garantia não ser o credor, mas sim o devedor;
- b) a companhia seguradora intervir ao lado do devedor em face do credor, pois presta uma responsabilidade suplementar a um débito já existente;
- c) a seguradora poder opor ao credor todas as exceções de mérito que compitam ao devedor, mas não poder opor as exceções que dizem respeito às relações pessoais desta com o devedor, como a falta de pagamento do prêmio;
- d) extinta a relação de obrigação principal, desaparecer automaticamente a garantia, pois é uma relação acessória;
- e) o risco no seguro fidejussório ser ato do próprio segurado, o que colidiria com a essência dos riscos seguráveis em contexto securitário, pois o sinistro nunca pode ser uma condição potestativa para o segurado;
- f) quanto à causa da garantia, no seguro fidejussório, o segurador pagar o seu próprio débito, pois o garantiu como se devedor fosse. Mas nos seguros, como no de crédito, o segurador paga o débito do devedor principal. Ou seja, no seguro de crédito, a obrigação da seguradora é, portanto, uma obrigação de indenização, enquanto que nos seguros fidejussórios esta é uma obrigação de adimplemento (*Erfüllungspflicht*).

De fato, existe no Brasil indefinição a respeito da real natureza do seguro-garantia principalmente em vista da ausência de normas legais que regulamentem o instituto.

De qualquer modo, muitas das discussões a respeito dessa natureza, a exemplo dos autores que foram mencionados acima, parecem circular em torno de características superficiais apresentadas pelas figuras jurídicas ao serem praticadas na sociedade. Tais

características superficiais aparentam mais serem consequências de algum cerne conceitual ou núcleo duro do instituto do que uma causa de sua existência.

3.4.1.1 *Distinções irrelevantes*

Dessa forma, sem ter pretensões de resolver todas as discussões doutrinárias a respeito, mas, ao mesmo tempo, tentando oferecer uma visão alternativa para o problema da indefinição, crê-se que a melhor estratégia para se alcançar uma conclusão a respeito do seguro-garantia, se é seguro propriamente dito ou negócios fidejussórios, seria pela busca da causa última do seguro-garantia, de modo a se comparar com as razões de ser dos instrumentos candidatos, de modo a se proferir veredito sobre o tema.

Dessa forma, seguindo a linha de raciocínio desenvolvida por Comparato¹⁷⁷ ao analisar a natureza jurídica do “seguro de crédito”, parecem haver características, haja vista serem superficiais, que não parecem dizer muito a respeito da natureza do seguro-garantia:

- a) se a operação é praticada por companhia de seguros e batizada como tal pelos costumes comerciais: de fato, a nomeação, mesmo a legal, não tem muita valia, pois, em muitas das vezes, a caracterização se cerca de muitos equívocos conceituais, o que acaba por ofuscar real estrutura do instituto, enquanto praticado comercialmente;
- b) se o risco é tratado por métodos estatísticos ou atuariais: a aplicação de métodos matemáticos modernos nos dias atuais são utilizados por todas as grandes companhias capitalistas, sejam elas financeiras, securitárias, ou comerciais, pois a necessidade de identificação, pulverização e tratamento de riscos em qualquer negócio se mostra primordial para o sucesso empresarial. Ademais, vale ressaltar que a convergência dos mercados financeiro e de garantias *lato sensu*, incluindo os *surety bonds*, em vista da competição por clientes de agentes desses dois setores, está resultando em modificações

¹⁷⁷ COMPARATO, *op. cit.*, p. 90 *et seq.*

expressivas no tratamento do risco. Primeiramente, vem ocorrendo aumento da sofisticação técnica no tratamento do risco, o que tem permitido novos recursos de proteção contra o risco às *sureties* além da tradicional pulverização por meio do mutualismo securitário. A maioria das *sureties* tem empreendido esforços para melhorar os sistemas de gerenciamento de riscos¹⁷⁸. Isso tem acontecido em vista da aproximação conceitual cada vez maior entre os diferentes produtos de tratamento e/ou transferência de riscos, como os *surety bonds*, seguros de crédito, garantias financeiras e derivativos de crédito. Atualmente, eles parecem mais com parte de um espectro contínuo de produtos que garantem obrigações financeiras, onde se tem os *surety bonds* de um lado, em que o garantidor é caracterizado por ser extremamente ativo no gerenciamento do risco garantido, enquanto que na outra ponta se tem os derivativos de crédito, em que o garantidor é totalmente passivo com relação ao comportamento do risco. Esta sobreposição de soluções de crédito possibilitou que diferentes setores financeiros e securitário começassem a competir um com o outro¹⁷⁹.

c) quem paga o preço pela garantia, se é o devedor ou credor: pois tradicionalmente os seguros são pagos pelo segurado, credor da operação, mas nada impede que algum seguro seja estipulado em favor de terceiros, como acontece tradicionalmente com o seguro de vida, em que o beneficiário se difere do segurado;

d) se o contrato de garantia tem sentido completo e independente ou é dependente de outros contratos: pois existem seguros independentes, mas também existem aqueles que são dependentes da ação de alguém como é o caso do seguro de crédito que garante o crédito do segurado em outro contrato, ou mesmo o seguro-prestamista, que assegura o pagamento de empréstimos ao banco;

¹⁷⁸ ALWIS, Athula, STEINBACH, Christopher M. **Credit & Surety Pricing and the effects of financial market convergence**, [S.l.]:SwissRe, p. 141. Disponível em: <<https://www.casact.org/pubs/forum/03wforum/03wfl39.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 142.

- e) se o contrato é bilateral ou unilateral, pois atentar-se a essa miudeza, é o mesmo que negar a evolução dos institutos com a prática comercial, os quais possibilitam que contratos apenas unilaterais (como o são fianças do tipo gratuita, quando oferecidas por familiares) venham a ser exploradas comercialmente mediante pagamento de preço (como no caso de fiança mercantis ou comerciais);
- f) se o risco segurável pode ser influenciado pela vontade livre humana, haja vista hoje em dia se admitir seguros que sejam dependentes da ação humana, como nos seguros de crédito ou nos seguros de danos – ramo automóvel. O importante para o risco se mostrar segurável é que ele tenha caráter fortuito¹⁸⁰ em face do segurado.
- g) se a obrigação de garantia é acessória, pois, em que pese toda a fiança seja acessória do contrato principal, nem toda garantia acessória é fiança. Por outro lado, não é incompatível com a natureza do seguro, conforme foi visto, que seu contrato tenha caráter acessório de um outro principal como acontece na classe dos seguros de crédito, incluindo o seguro de crédito à exportação, o qual se baseia nos termos de contrato de compra e venda internacional, e o seguro-prestamista, que visa a garantir o pagamento das prestações de empréstimos concedidos. De qualquer forma, o caráter acessório da fiança parece mais ser consequência do modo de estruturação jurídica da referida garantia do que causa ou origem de sua estruturação.

3.4.1.2 *Distinção relevante*

Para podermos oferecer uma resposta sobre a natureza do seguro-garantia de performance de contratos, deve-se perquirir o cerne conceitual dos institutos seguro e fiança, ou seja, o núcleo duro – aquilo que não se modifica – mesmo com a evolução do instituto e, por isso, sempre é encontrado em todas espécies praticadas de cada gênero,

¹⁸⁰ LOZANO, *op. cit.*, p. 7.

não devendo então se firmar raciocínio por meras características circunstanciais que podem estar presentes ou não a depender do contexto em tela.

Desta feita, impende-se compulsar a doutrina em busca da definição de seguro. No entanto, a atividade não é fácil, haja vista não haver unanimidade no direito acerca de sua concepção.

Dessa forma, registre-se que existe a teoria da indenização, que foi concebida por juristas clássicos, quando o contrato de seguro se restringia a operações marítimas, motivo pelo qual partia do pressuposto que todo o seguro era para cobrir a ocorrência de um dano eventual¹⁸¹.

Uma segunda corrente surgiu diante das dificuldades de enquadrar o seguro de pessoas na definição clássica, em sentido inteiramente oposto, pretendeu que, definindo o seguro um contrato de cunho ressarcitório, ou indenizista, só os seguros de danos pudessem ser assim denominados, assemelhando o seguro de vida a outros institutos jurídicos, como a um contrato de mútuo ou de depósito irregular. No entanto, tal concepção do seguro de vida se encontra superada pela doutrina e pela jurisprudência¹⁸².

Atualmente, duas teorias dominam os debates, resgatando a tentativa de um conceito unitário do contrato e abandonando a noção do critério de dano como origem do seguro¹⁸³. A primeira, devida a Vivante¹⁸⁴, afirma que para todo o contrato de seguro é elemento essencial – conceito fundamental comum – a existência e formação de um aglomerado de riscos da parte do segurador, isto é, um a organização do segurador em empresa (empresarialidade do ramo securitário).

¹⁸¹ ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, p. 94.

¹⁸² CORDEIRO, Antônio de Menezes. **Manual de direito comercial**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 549.

¹⁸³ ALVIM, *op. cit.*, p. 94-95.

¹⁸⁴ CORDEIRO, *op. cit.*, p. 549.

A outra, com maior aceitação, conhecida como a teoria da necessidade, sustentada por Gobbi e Viterbo¹⁸⁵, funda-se na concepção do seguro para a satisfação de uma eventual necessidade do beneficiário, encontrando-se nessa função uma razão de ser. O mérito dessa concepção consiste em tornar bem precisa a distinção entre seguro e jogo, determinando, o caráter do risco e desenvolvendo a noção de interesse segurado¹⁸⁶.

O conceito unitário do seguro é defendido pelos adeptos da teoria do interesse legítimo, praticamente o mesmo que a teoria da necessidade. Inspira-se no conceito econômico do seguro, em que os partícipes do seguro sentem-se impulsionados ao seguro pelo temor de um desembolso de dinheiro que pode lhes ser penoso, seja pela incerteza de seu surgimento ou pela sua materialidade financeira, pelo qual em vez de enfrentá-lo diretamente, preferem antecipar uma pequena quantidade de recursos, as quais são os prêmios, para poder contar, se chegar o momento temido, com uma reparação que lhes indenize o prejuízo sofrido. Deste modo, subtraem o temor de se ver subitamente surpreendidos por uma necessidade, que se é incalculável para o indivíduo, não o é para a totalidade dos assegurados¹⁸⁷.

Juridicamente, o seguro é a transferência do segurado para o segurador; tecnicamente, é a divisão, entre muitos segurados, dos danos que deveriam ser suportados por um deles. O contrato de seguro é uma operação isolada entre o segurado e o segurador, mas a multiplicação desses contratos dando a mesma garantia sobre o mesmo tipo de risco para muitos segurados constitui sua base técnica. A contribuição desses segurados será utilizada para a formação de fundo comum de onde sairão os recursos para pagamento dos sinistros. O segurador funciona como gestor empresarial do fundo recebe os prêmios de todos e paga as indenizações¹⁸⁸.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 550.

¹⁸⁶ BURANELLO, *op. cit.*, p. 105.

¹⁸⁷ MANES, Alfredo. *Tratado de seguro. Teoría general del seguro*. Madrid: Logos, 1930, p. 9.

¹⁸⁸ ALVIM, *op. cit.*, p. 59.

Logo, o mutualismo se constitui na base operacional do seguro. Sem a cooperação de uma coletividade não seria possível dar a garantia a todos em termos sustentáveis, pois ao invés do patrimônio do segurado seria dilapidado o patrimônio do segurador. Sem o mutualismo não seria possível distinguir o contrato de um mero jogo¹⁸⁹.

O mutualismo, ao repartir os prejuízos, torna possível a estabilidade econômica de seus participantes, por meio da contribuição de pequenas parcelas de todos. Essas parcelas, os prêmios, no entanto, devem ser calculados de acordo com o conhecimento antecipado dos sinistros esperados que ocorrerão em um período de tempo estabelecido. Seria nesse sentido o que seria o preço teórico médio da probabilidade de que ocorra um sinistro, uma espécie de perda média esperada¹⁹⁰.

Este cálculo se tornou possível depois que se descobriu que, pela lei matemática dos grandes números, seria possível garantir, por meio de certas condições estatísticas, relativo grau de confiança nos cálculos, por meio de amostras, de probabilidades de acontecerem certos eventos.

Segundo a referida lei, uma das condições que eram necessárias se garantir na amostra era relativa à necessidade de dispersão dos riscos, de modo que um evento não afete os demais casos possíveis¹⁹¹. Ademais, é necessário garantir a homogeneidade dos riscos, de modo que não se pudesse reunir no mesmo universo observado fenômenos de diferentes naturezas¹⁹². Ainda, impende-se assegurar o nivelamento – ou pulverização – dos riscos, por meio da desconcentração potencial da ocorrência dos sinistros, que pode se dar pela limitação da cobertura segurada ou também pelo resseguro¹⁹³. Por último, a

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 59-60.

¹⁹⁰ LOZANO, *op. cit.*, p. 24.

¹⁹¹ ALVIM, *op. cit.*, p. 61.

¹⁹² *Ibid.*, p. 62.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 62-63.

seleção dos riscos se mostra importante, para evitar a transferência ao segurador de apenas os maus riscos ou dos riscos agravados¹⁹⁴.

Portanto, esse parece ser o elemento que o define: o mutualismo securitário estruturado por meio do pagamento de prêmios previamente calculados por técnicas estatísticas para compensar os sinistros previstos. Desta feita, este parece se constituir na causa última do surgimento desse instituto. Logo, espera-se que todos os seguros tenham essa característica de mutualidade e de solidarização das perdas entre os segurados.

No entanto, o seguro-garantia não possui esse caráter no seu cerne operacional, porquanto a garantia da seguradora oferecida ao segurado é lastreada pelo acordo de contragarantias, não podendo dizer assim que haja qualquer tipo de solidarização de perdas entre os segurados. Desta feita, o prêmio no seguro-garantia não é calculado para arcar com as perdas médias esperadas, mas como foi explicado em seção anterior, reflete basicamente o custo financeiro da garantia paga até o momento da recuperação do valor pela execução das contragarantias.

De outra sorte, o seguro-garantia se assemelha, por todas as suas características, a uma fiança. Isso porque:

- a) há uma relação tripartite constituída por uma relação interna, uma externa e uma eventual, assim como na fiança: a relação credor-fiador é relação fidejussória propriamente dita, chamada de relação externa, porquanto se funda em preceitos externos ao contrato principal, objeto da fiança; a relação contratual principal, ou interna, em que se definem as obrigações afiançadas; e a relação fiador-devedor, dita eventual, porquanto nem sempre adquire efetividade na regulação de direitos e deveres entre estas partes¹⁹⁵
- b) a obrigação garantida é uma obrigação de adimplemento, pois assumiu dívida como se fosse sua. Não é mera indenização do segurado;

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 63.

¹⁹⁵ FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. **Contrato de Fiança**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 47.

- c) a obrigação de garantia tem caráter secundário, subsidiário, acessório da obrigação principal estipulada no contrato;
- d) em vista da acessoriedade, a seguradora não pode opor exceções que dizem respeito apenas à relação entre esta e o devedor-tomador do seguro, como o não pagamento do prêmio, mas pode opor ao credor as exceções extintivas da obrigação que compitam ao devedor; e
- e) tanto o fiador quanto a seguradora se sub-rogam nos direitos do credor contra o afiançado.

Cediço que, se houvesse como praticar a emissão de seguro-garantia pelas seguradoras sem a exigência de contragarantias do devedor-tomador, o que, em consequência, ensejaria o cálculo do prêmio com base no índice de sinistralidade esperado para se contrapor aos sinistros esperados, nesse caso, crê-se que tal garantia seria realmente um seguro.

No entanto, não parece ser possível – ou seja, lucrativo – para as seguradoras, nos tipos de contratos garantidos pelo seguro-garantia, a estipulação dessa garantia na forma securitária-atuarial costumeira. Isso porque os contratos de obra pública são de diferentes qualidades, contextos operacionais, magnitudes, complexidades técnicas, financeiras e comerciais, as quais acabam por diminuir, senão extirpar, qualquer homogeneidade nos riscos existentes, o que, por conseguinte, impede que se façam cálculos atuariais apurados, com margens seguras de confiança estatística, a respeito dos índices de sinistralidade médio esperados, números que se constituem na base de cálculo dos prêmios de seguro, a não ser que se façam elucubrações, com alto grau de subjetividade e margens alargadas de segurança, das probabilidades de sinistro esperadas, o que acabam por aumentar significativamente o valor do prêmio cobrado a ponto de deixar de ser competitivo tal tipo de seguro.

De outra sorte, é justamente em vista da existência do tal acordo de contragarantias que passa a noção de que o seguro-garantia não implica a transferência do risco do inadimplemento do contrato garantido do devedor-tomador para a seguradora. Ademais, tal acordo implica a “segurança” da garantidora de que os prejuízos porventura arcados por essa serão integralmente reparados pelo devedor-tomador. A existência do acordo permite viabilizar atividade de garantia lucrativamente sustentável por meio do pagamento de preços relativamente pequenos quando comparados com o valor dos contratos garantidos.

Deve-se mencionar, de forma a reforçar a ideia aqui defendida, o conhecido caso arbitral resolvido pelo Conselheiro do Estado Francês Renaudin. Na França, logo após a segunda guerra, as companhias de seguro realizaram um estudo e chegaram à conclusão que poderiam, por meio de *assurance-cautionnement*¹⁹⁶, o nome do seguro-garantia em francês, e com uma taxa média de 1,5% de prêmio, prestar aos comerciantes a garantia normalmente prestada pelos estabelecimentos bancários sob a forma de fiança nas empreitadas de obras públicas, no comércio de gêneros objeto de monopólio estatal ou no acordo para pagamento diferido de certos tributos. No entanto, a comissão cobrada pelos bancos, à época, na prática de tais operações fidejussórias eram de 2,5%. A entrada das companhias seguradoras francesas no mercado fidejussório acarretou a diminuição das operações para o setor bancário¹⁹⁷.

Os bancos não deixaram de reclamar da nova competição vinda das seguradoras no mercado fidejussório, promovendo a ideia de que os seguros-fiança praticados pelas seguradoras eram autênticos negócios fidejussórios, cuja prática habitual era reservada com exclusividade aos bancos franceses. Já as seguradoras contrargumentaram alegando

¹⁹⁶ PUIG, Fernando. **Función y riesgo en el seguro de caución**. Navarra: Eunsa, 2005, p. 30-31.

¹⁹⁷ COMPARATO, *op. cit.*, p. 92.

que tais operações eram praticadas segundo métodos estatísticos próprios de previsão e compensação de riscos que as diferenciavam nitidamente da fidejussão bancária¹⁹⁸.

A controvérsia acabou sendo submetida à arbitragem do Poder Público francês que designou Renaudin. Este concluiu, a princípio, que as seguradoras poderiam praticar o seguro-fiança normalmente, o que se constituiria em uma vitória para o setor securitário, se não fosse com uma condição.

Renaudin concluiu que a companhia seguradora não tinha direito regressivo contra o devedor-segurado, enquanto que o fiador bancário poderia sempre voltar-se contra aquele cujo débito se garantiu¹⁹⁹.

De fato, reconhecer às seguradoras o direito de emitir seguro-garantia, sem admitir ao mesmo tempo o seu direito regressivo contra o segurado no caso de sinistro era evidentemente eliminar todo o atrativo econômico da operação. E efetivamente depois da resolução da controvérsia, as companhias seguradoras francesas, não obstante a decisão que resolvia a controvérsia a seu favor, cessaram, logo após o julgamento arbitral, todas as operações do tal seguro²⁰⁰.

De fato, conforme já foi consignado alhures, é justamente a possibilidade de confecção de acordo de contragarantias com o garantido que torna a operação possível de se praticar comercialmente a preços relativamente pequenos quando comparados com o valor das garantias. No entanto, é justamente em vista desse acordo que a operação se afasta radicalmente do que é praticado na sociedade moderna sob o nome de seguro. Em que pese todo seguro ser uma garantia *latu sensu*, nem toda a garantia pode ser abarcada como sendo tipo de seguro, pois o seguro possui um modo específico de operação, como foi exposto.

¹⁹⁸ COMPARATO, *loc. cit.*

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 93.

²⁰⁰ COMPARATO, *loc. cit.*

Desta feita, em vista da ausência do cerne conceitual do tipo jurídico “seguro” no seguro-garantia, aliado à identidade de causa e objetivos desse instituto com as da fiança, conclui-se que o seguro-garantia no direito brasileiro, não pode ser outra coisa a não ser fiança, diferindo desta, irrelevantemente, apenas na instrumentalização, a qual se dá por meio da nomeação do contrato de seguro-garantia como apólice de seguro.

3.4.2 Distinção entre seguro-garantia da Circular nº 477, de 2013, e a “garantia da garantia” da Lei nº 8.666, de 1993

Nessa seção, deve-se expor as diferenças existentes entre o seguro-garantia da Circular nº 477, de 2013, esmiuçado nas seções imediatamente anteriores e aquele previsto na Lei nº 8.666, de 1993.

Primeiro, deve-se mencionar que o Seguro-Garantia para Construção, Fornecimento ou Prestação de Serviços – regulamentado pela Circular nº 477, de 2013 – o qual, como já se descreveu, garante indenização pelos prejuízos sofridos pelo segurado com o inadimplemento contratual do devedor.

À parte da discussão sobre as deficiências que o limite baixo de indenização tende a impor à efetividade do instituto, deve-se mencionar que tal instituto intenta garantir ao segurado o cumprimento das obrigações contratadas pelo devedor-tomador.

Por outro lado, conforme já foi abordado, existe na Lei nº 8.666, de 1993, mais especificamente no art. 56, menção à possibilidade de se oferecer à administração pública seguro-garantia como garantia da execução contratual, o qual, pode-se assim dizer, mais se aproximaria a um “seguro da garantia”, ou melhor “garantia da garantia”, conforme será explicado adiante, do que com seguro de performance propriamente dito. Vejamos porquê.

O referido art. 56 trata dos tipos de garantia que, a critério da autoridade competente, poderão ser exigidos do contratante: caução em dinheiro ou títulos, fiança bancária ou **seguro-garantia**.

No seu cerne, tal garantia visa à formação de uma espécie de fundo de reserva que tenha o propósito de impor ao contratado, pela sua perda, prejuízos financeiros pelo descumprimento de suas obrigações contratuais e, ao mesmo tempo, numa quantia que vise a indenizar os potenciais custos incorridos pela administração pública pelo inadimplemento contratual.

Dessa forma, pode-se perceber de antemão que a garantia da Lei nº 8.666, de 1993, tem existência própria, originada pela própria Lei de Licitações e, portanto, tem existência prévia e independente de qualquer tipo de garantia fidejussória apresentada posteriormente, em vista do permissivo dado ao particular nos incisos seguintes ao *caput* do art. 56.

Tanto o é que, em distinção à regulamentação do seguro-garantia pela Circular nº 477, de 2013, a própria Lei de Licitações enumera os riscos assegurados pela garantia prevista no art. 56.

O inciso III do art. 80 da referida Lei assevera que a garantia contratual será executada para ressarcimento da Administração e dos valores de multas e indenizações a ela devidas, quando houver culpa do particular e ocorrer a rescisão de contrato por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos a seguir apresentados:

- a) o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos (inciso I do art. 78);
- b) o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos (inciso II do art. 78);

- c) a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados (inciso III do art. 78);
- d) o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento (inciso IV do art. 78);
- e) a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração (inciso V do art. 78);
- f) a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato (inciso VI do art. 78);
- g) o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores (inciso VII do art. 78);
- h) o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei (inciso VIII do art. 78);
- i) a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil (inciso IX do art. 78);
- j) a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado (inciso X do art. 78);
- k) a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato (inciso XI do art. 78);
- l) razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato (inciso XII do art. 78);

m) a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato (inciso XVII do art. 78).

Se ocorrer qualquer das situações descritas acima e houver ato unilateral de rescisão contratual, a garantia deverá ser executada pela administração.

No entanto, como exemplo do choque de regulamentação, pode-se mencionar que as condições gerais contratuais do seguro-garantia estipuladas pela Susep²⁰¹ asseveram que a administração pública perderá o direito à indenização em qualquer caso fortuito ou de força maior. No entanto, o inciso XVII do art. 78 assevera que a ocorrência de caso fortuito ou de força maior autoriza a execução da garantia para pagamento de penalidades e indenizações, nos termos do inciso III do art. 80.

Como pode ser visto, a garantia estipulada no referido artigo é de estirpe diferente daquela prevista na Circular nº 477, de 2013, os quais tem regramento próprio com relação à caracterização de sinistro, cláusulas de extinção da garantia e de perda do direito de indenização, sem similaridade com os dispositivos da Lei de Licitações.

Portanto, a análise da natureza jurídica desse tipo de garantia legal deve ser segregada, de modo a se definir os contornos do instituto preconizado pelo art. 56 da Lei 8.666, de 1993, em separado do já analisado seguro-garantia da Circular nº 477, de 2013.

3.4.3 Sobre o seguro-garantia previsto na Lei nº 8.666, de 1993

Expõe-se de antemão que a presente análise não procura identificar a prática comercial das empresas seguradoras no âmbito das licitações, a qual pode ser distinta do que é consignado aqui. O objetivo dessa seção é apenas esmiuçar juridicamente o alcance interpretativo das características legais do referido instituto. Para isso, utilizar-se-á da

²⁰¹ SUPERINTENDÊNCIA DOS SEGUROS PRIVADOS. Anexos da Circular nº 477, de 30 de setembro de 2013. **Portal da Superintendência de Seguros Privados**. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menu/atos-normativos/condicoes-contratuais-padronizadas-1>>. Acesso em: 30 out. 2018.

interpretação teleológica, axiológica, gramatical, sistemática e orgânica como parâmetros norteadores.

Deve-se repisar que tal garantia de execução contratual, no âmbito das licitações públicas, tem a criação efetivada por comando legal, a saber, na Lei nº 8.666, de 1993. É uma caução real à medida que a própria Lei define o valor que deverá ser a garantia – até 10% do valor do contrato.

No entanto, a Lei faculta ao contratado escolher como apresentar a garantia que poderá ser fundada em garantia real – caução em dinheiro ou títulos – ou em garantia fidejussória.

Em que pese a Lei conceder essa faculdade ao contratado, salienta-se que o valor da garantia é devido desde o momento da assinatura do contrato, porquanto é pressuposto de validade dos contratos públicos garantir, quando exigido pela administração, uma quantia de recursos financeiros, ao dispor da administração para quando esta avaliar ter ocorrido situação que permita a sua apropriação imediata.

Ademais, a Lei não pode criar distinção entre os licitantes sob pena de ferir o princípio da isonomia nas licitações. Portanto, se na opção pela caução em dinheiro ou títulos, o momento de exigibilidade dos recursos financeiros é no ato da assinatura do contrato, o que evidencia, desde o depósito da caução pelo novo contratado, a criação de um direito potestativo da administração sobre a caução depositada, de outro modo não poderia ser para as demais opções de garantia possibilitadas.

Portanto, a única diferença entre as opções de garantia licitatória reside no fato de que, apesar de o valor ser exigível desde a assinatura do contrato, a apropriação do valor pela administração pública apenas poderá ocorrer nos casos enumerados no art. 78 da referida Lei, momento no qual o valor passa a pertencer por competência contábil ao Estado. Dessa forma, permite-se, desde que seja provido salvaguardas assecuratórias, por

meio de fiança ou seguro-garantia, que se deposite a garantia apenas em caso de execução da garantia pela administração.

Logo, se é devido desde o momento da assinatura, não há liberdade para a seguradora fazer averiguações posteriores à prestação da garantia sobre a real ocorrência do sinistro, devendo cumprir com sua obrigação de garantia assim que o segurado, no caso a administração pública, requerê-la, evidenciando assim a incondicionalidade do seguro-garantia da Lei nº 8.666, de 1993, diante do direito potestativo da administração em obter o valor da garantia assim que o requerer em face das cláusulas exorbitantes do Estado.

Conforme literatura especializada:

Para conseguir que el acreedor disponga una posición equivalente a la que le corresponderia, caso de haber recibido una caución real, el siniestro há de configurarse de um modo objetivo y no discutible, que implique, em última instancia, el deber de la aseguradora de pagar sin dilación la suma establecida como cobertura.

(...)

De entre las garantías personales reconocidas entre nosotros, cabe afirmar, a priori, que parece más idónea la garantía independiente, que obliga al asegurador a efectuar el pago de la cobertura de manera inmediata, sin posibilidad de oponer excepciones y sin dilaciones.²⁰²

Ante o exposto, fica evidente a “função caucional”²⁰³ mencionada pelo Javier Camacho de los Ríos e por Carlos Hoyos Elizalde, dado que a razão de seu surgimento é justamente substituir a caução que deve ser prestada.

²⁰² HUETE, José Carlos Espigares (Coord.) **Las tendencias actuales de los contratos de garantía**. Barcelona: Atelier, 2005, p. 44.

²⁰³ ELIZALDE, *op. cit.*, p. 30-31.

No entanto, crê-se que tal seguro-garantia, e também por consequência a fiança bancária, permitidas como garantias possíveis em contratos públicos nos termos da Lei 8.666, de 1993, em vista da regulamentação única e especial para ambos os institutos na referida Lei, não só se apresentam de fato como garantias fidejussórias, mas acabam também por apresentar caráter autônomo da fidejussão prestada, justamente porque, conforme foi a exposto não há a possibilidade do garante se abster de pagar alegando exceções relativas tanto em função da relação jurídica que estabelece com o terceiro (exceções que competem ao devedor-tomador), quanto da relação de base cujo inadimplemento lhe importará a obrigação de pagamento da garantia²⁰⁴, o que demonstra os dois institutos da forma disposta na Lei nº 8.666, de 1993, aproximam-se de um contrato autônomo de garantia à primeira solicitação.

3.5 Análise de adequação do seguro garantia brasileiro em prol da performance do contrato

Conforme foi exposto nas seções anteriores, o *performance bond* americano se constitui em elemento primordial na sistemática da contratação de obras públicas nos EUA para garantir o adimplemento integral dos contratos assinados.

Neste sentido, consignou-se que existe no Brasil espécie jurídica chamada de seguro-garantia, regulamentado como seguro, o qual, defendeu-se, não possui a essência securitária. Por outro lado, apresenta todos os elementos fundantes de uma relação fidejussória clássica, motivo pelo qual se concluiu na seção anterior de que tal instituto seria, de fato, fiança.

Ademais, assemelha-se integralmente ao instituto do *performance bond* americano. No entanto, conforme foi aduzido na Introdução, tal seguro-garantia não tem conseguido lograr êxito em sua função primordial: criar uma rede de incentivos em prol

²⁰⁴ ATAÍDE, Daniel Medina. A garantia autônoma e a fiança: distinções e divergências. Aracaju: Ciclo, jul. 2007, p. 5.

do adimplemento dos contratos de obra pública, em vista da ocorrência frequente de obras públicas paradas em todo o Brasil.

Nessa seção, objetiva-se avaliar o seguro-garantia de modo a se detectar explicação plausível para a falta de efetividade do seguro-garantia no Brasil.

Nesse sentido, exsurge duas razões nucleares para que o referido instituto não consiga efetividade no cumprimento de seus objetivos prepostos: o baixo valor possível de ser garantido por meio do seguro-garantia e a regulamentação defeituosa do seguro-garantia.

Os custos que a administração pública incorre desde a promoção de uma licitação até a efetiva contratação do adjudicatário são consideráveis na contratação de obras, muito mais altos que os incorridos por particulares, sejam indivíduos ou grandes corporações.

Isso porque a administração pública precisa desenvolver o processo de contratação seguindo um extenso rol de princípios norteadores, amalgamado com normas vinculativas de condução. A razão dos procedimentos públicos de compra é garantir antes de tudo a preservação do erário, preservando ainda a moralidade, a competitividade, a isonomia, entre outros princípios vinculativos, isso tudo em vista da indisponibilidade do interesse público.

Ademais, há custos sociais incorridos pela sociedade em vista da ausência da edificação até que a obra esperada seja concluída. Dessa forma, caso não seja realizada em vista da inadimplência da contratada, isso vem a somar consideravelmente a resultante dos custos. Ademais, deve-se ressaltar que também haverá custos de manutenção da estrutura das instalações iniciadas, mas não finalizadas. Por último, soma-se a isso a diminuição potencial do crescimento econômico pela falta da finalização da edificação²⁰⁵.

²⁰⁵ PEREIRA, Renée. Obra parada tem custo extra para o governo. **O Estado de São Paulo**, 24 jun. 2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,obra-parada-tem-custo-extra-para-o-governo,70002366386>>, Acesso em: 02 nov. 2018.

Desse modo, os custos totais incorridos pela sociedade, em vista de uma obra parada, parecem ser muito mais altos que o próprio valor em si da contratação inadimplida, motivo pelo qual se deveria cercar de todas precauções e garantias necessárias para garantir que obras públicas sejam realizadas conforme contratado.

Nada obstante, a Lei de Licitações permite a estipulação de garantias no percentual de, no máximo, 5% – ou até 10%, se obra de grande complexidade²⁰⁶. Tais limites parecem ser demasiadamente baixos, o que tem concorrido para a manutenção da situação existente de inadimplência.

Como foi visto anteriormente, a limitação da garantia para, no máximo, 10% do valor do contrato impôs ao seguro-garantia um caráter de *penalty bond* ao invés de um verdadeiro *performance bond*, à medida que acabam por não garantir o adimplemento do contrato, mas apenas o pagamento de uma quantia pequena de recursos no caso de inadimplemento do devedor da obrigação²⁰⁷, os quais apenas servem para garantir, no máximo, o pagamento de multas e penalidades porventura impostas pelo inadimplemento do devedor contratado. Em vista do baixo valor da garantia, o seguro-garantia não reforça o empenho das partes de cumprimento da dívida, mas apenas assegura o pagamento de um valor baixo, muito menor que os custos incorridos pela sociedade como um todo por causa da inadimplência.

Na visão da seguradora, é muito mais barato, sem sombra de dúvidas, o pagamento de 5% ou 10% do valor da garantia do que incorrer em maiores custos em vista da realização do resto da obra inadimplida. Deve-se ressaltar que os limites de 5% ou de

²⁰⁶ Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. §1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I - caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; II - seguro-garantia; III - fiança bancária.

²⁰⁷ ELIZALDE, 2018.

10%, esse último em caso de grande complexidade técnica, são limites máximos, sendo comum a prática de garantias em percentuais bem menores.

Logo, impende-se elevar o valor garantido nos contratos de obra pública, por meio da emissão de seguros-garantia com cláusula penal mais alta. Nesse sentido, propõe-se a necessidade de mudança da legislação de modo a se permitir que se exija seguros-garantia de até 100% do valor do contrato, devendo este percentual ser a regra. No entanto, deveria ser permitido ao órgão responsável pela contratação a redução desse percentual, caso seja comprovada a desnecessidade de valor integral de garantia, isso apenas após a devida fundamentação técnica, expressamente motivada, nos moldes do que é praticado na administração pública federal norteamericana hoje em dia, como foi visto anteriormente.

Nesse momento, faz-se importante perquirir se realmente haveria necessidade de que seja estipulado garantia de até 100% do valor do contrato. Em outras palavras, se não poderia ser estipulado limite de garantia maior que os atuais 5%, mas de menor valor que 100%.

Sobre o assunto, deve-se externar que não há como saber de antemão qual percentual de garantia se mostra minimamente suficiente para assegurar o adimplemento da obra pública, pois vai depender do caso concreto. Depende de como o contrato foi desenhado, de como vai ser procedido os pagamentos à contratada, da complexidade da obra, do grau de certeza que o projeto executivo da obra assegura às partes sobre os custos da obra, entre outras questões.

Como exemplo, deve-se mencionar a construção da Ferrovia Norte-Sul, realizada pela empresa pública Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S. A. Em um dos lotes de construção da ferrovia, a brita utilizada como sublastro não se enquadrava nas especificações técnicas recomendadas, motivo pelo qual foi ordenada a sua troca à contratada. Acontece que a ferrovia já estava pronta, com os dormentes posicionados e

os trilhos soldados em linha. O custo da troca da brita será bem mais alto, pois terá que retirar tais estruturas antes da troca²⁰⁸.

Esse caso demonstra que defeitos na obra, como no caso, podem ocasionar prejuízos elevados relativamente ao valor total da obra. Nesse caso, o custo não será apenas o de trocar a brita, incluindo aí o valor da destinação da brita antiga inutilizável e o transporte da nova para o local da ferrovia, mas também o de retirada e reinstalação dos dormentes e trilhos que já haviam sido colocados.

Por isso que aqui se defende que a decisão seja delegada ao órgão público responsável pela licitação. No entanto, defende-se que a regra deva ser os 100% de modo a resguardar o erário, podendo ser reduzida a garantia, conforme o caso, após motivação.

Os que se mostram contra a elevação costumam alegar principalmente que as seguradoras brasileiras não têm capacidade de retenção suficiente para arcar com valores de garantia tão elevados²⁰⁹. Ademais, protestam que tais valores de garantia tendem a apenas diminuir a competitividade nas licitações por criarem restrições de contratação de empresas²¹⁰.

Sobre a última razão, repise-se que, conforme já foi dito, que não é verdade consignar que a sistemática do seguro-garantia tende a restringir a competitividade nas licitações, tendendo a favorecer as grandes empreiteiras, pois o que acontece é exatamente o contrário: tende a desconcentrar a adjudicação de objetos licitados em um maior número de licitantes à medida que tende a diminuir a capacidade de absorção de obras públicas por grandes empreiteiras, pois passam a ser examinadas em sua capacidade financeira e técnica a cada nova licitação pelas seguradoras do seguro-garantia como requisito para a

²⁰⁸ BORGES, André. Nem a brita escapa da ferrovia norte-sul. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,nem-a-brita-escapa-na-ferrovia-norte-sul,10000079333>, Acesso em: 03 nov. 2018.

²⁰⁹ LAAN, *op. cit.*, p. 8.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 7.

emissão da garantia, o que significa o estabelecimento de um limite tácito de capacidade de contratação para as empresas pretendentes.

Não à toa que o número de construtores norte-americanos que aparece entre os vinte maiores do mundo é extremamente baixo quando comparamos com outros setores industriais nas quais as companhias norte-americanas costumam ocupar os postos entre os maiores do mundo. Tal diferença pode ser explicada pelo sistema de *performance bond* americano que exige 100% de garantia sobre o valor do contrato e, por isso, cria um “freio” para a ambição comercial das empresas construtoras norte-americanas²¹¹.

No que tange à capacidade de retenção, já havia sido exposto que em estudo da Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNSeg) de 2006, pode-se perceber que a garantia de cumprimento de contrato para todas as obras do Programa de Aceleração do Crescimento²¹² (PAC) com garantia de 100% do valor dos contratos somaria aproximadamente 10% do Patrimônio Líquido Ajustado (PLA) das empresas seguradoras nacionais.

Por último, deve-se explicar a necessidade de correção da regulamentação do seguro-garantia para que dê segurança jurídica às partes convenientes sobre suas respectivas responsabilidades.

Em seção anterior, mencionou-se que, embora tenha se concluído ambos como negócios fidejussórios típicos, o seguro-garantia exigido na Lei de Licitações é ligeiramente diferente do seguro-garantia regulamentado na Circular nº 477, de 2013, haja vista sua regulamentação operacional ser toda de ordem legal, não dando azo para verificações sobre a real ocorrência do sinistro pela seguradora, resultando assim que o

²¹¹ ELIZALDE, *op. cit.*, p. 282-283.

²¹² CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO, *op. cit.*, p. 12-13.

seguro-garantia seria uma caução fidejussória da caução real, próxima à natureza da garantia autônoma do tipo à primeira demanda ou solicitação, conforme existente em outros países, devendo o dinheiro garantido ser disponibilizado pela seguradora assim que a administração assim o exigisse, nos termos da Lei de Licitações.

Conforme foi dito, em distinção à regulamentação do seguro-garantia pela Circular nº 477, de 2013, a própria Lei de Licitações enumera os riscos assegurados pelo seguro-garantia ou fiança bancária. O inciso III do art. 80 da referida Lei assevera que a garantia contratual será executada para ressarcimento da Administração e dos valores de multas e indenizações a ela devidas, quando houver culpa do particular e ocorrer a rescisão de contrato por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados na Lei, já relatados anteriormente. Se ocorrer qualquer das situações descritas na Lei e houver ato unilateral de rescisão contratual por parte da administração, a garantia deverá ser executada.

Paralelamente, há o seguro-garantia regulamentado pela circular da Susep que define passos operacionais diferentes, dando capacidade à seguradora na avaliação da ocorrência do sinistro, possibilitando ainda a recusa da indenização caso entenda não tenha ocorrido o sinistro ou que tenha sido caso de excludentes de indenização, conforme dispositivos da referida circular. Nessa, há regramento próprio com relação à caracterização de sinistro, cláusulas de extinção da garantia e de perda do direito de indenização, sem similaridade com os dispositivos da Lei de Licitações.

Logo, impende-se alterar a Lei de Licitações, ou a regulamentação da Circular nº 477, de 2013, com intuito de unificar a regulamentação operacional da garantia de execução contratual a ser exigida nas contratações, de modo que a seguradora ou banco saiba exatamente que tipo de garantia está sendo provida, possibilitando a precificação adequada do instrumento praticado.

Por outro lado, também é importante que a administração pública tenha ciência do alcance exato da garantia provida pela seguradora ou pelo banco, de modo que possa desenhar contratos mais eficientes, sem requisitos, que, de alguma forma, tentam proteger de riscos contratuais já tratados pela garantia dada. Ainda, seria salutar a especificação de diretrizes aos gestores públicos na definição do valor da garantia a ser requerido em cada contratação por meio de decreto regulamentar da Presidência da República.

Por último, crê-se também que seria desejável que os tipos de garantia de obrigações contratuais exigidos na Lei de Licitações pudessem ser oferecidos não apenas por seguradoras, por meio do seguro-garantia, e por bancos, por meio da fiança bancária, como também por todas as empresas que desejassem se constituir como empresas afiançadoras, em termos parecidos aos praticados na legislação mexicana, de forma a aumentar o espectro competitivo no mercado de garantias. Claro que seria também importante que houvesse regulamentação diferenciada da solvência técnica de todas as empresas que trabalhassem com fianças de modo a se garantir a estabilidade econômica dessa indústria.

De forma a exemplificar, sem análise de seus meandros, porquanto não se configura em objetivo dessa monografia, a *Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas*²¹³ do México, publicada em 4 de abril de 2013, assevera que as fianças poderão ser comercializadas pelas empresas seguradoras, por meio do ramo *caución*, e por empresas afiançadoras independentes autorizadas a outorgar fianças no mercado.

Ademais, essa define plano regulamentar-operacional básico para as afiançadoras, o qual é detalhado infralegalmente pela *Comisión Nacional de Seguros y Fianzas*,

²¹³ MÉXICO. Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas. **Diário Oficial de la Federación**, 4 abr. 2013.

equivalente à Susep no Brasil, no qual se põem exigências de reservas técnicas diferenciadas para as empresas de fianças do mercado, por exemplo.

4 Conclusão

Em que pese o investimento público ser de extrema importância para o crescimento econômico do país, é comum ocorrer problemas na execução contratual de várias obras financiadas com recursos públicos em todo o país, em vista de inadimplimentos provocados pela parte contratada.

Dessa forma, essa Monografia objetivou verificar como aplicar o modelo do *performance bond*, costumeiramente aplicado nos Estados Unidos, como meio viável e efetivo para garantir o regular adimplemento nas contratações de obras públicas pela administração pública federal brasileira.

Para isso, primeiro se conceituou o que é o *performance bond* americano e como funciona. Foi visto que se trata de um tipo de garantia fidejussória em que a garantidora assegura meios para adimplir as obrigações contratuais em caso de inadimplência do devedor-tomador.

Estudou-se a origem do instituto, o qual foi na Inglaterra no século XVIII com os *fidelity bonds* (garantias contra infidelidade do empregado).

Foi esmiuçado o processo de análise da empresa solicitante da emissão de *performance bond*, de modo que se percebeu que o processo, *grosso modo*, se assemelha a uma análise de crédito. Apresentou-se a regulamentação federal americana do *performance bond* aplicado em obras públicas federais.

Procedeu-se a uma revisão de literatura sobre as vantagens do modelo de *performance bond* para o adimplemento dos contratos de obras públicas. Em seguida, apresentou-se ponderações a respeito. Concluiu-se que, de fato, existem muitas vantagens a serem conquistadas com a implantação do modelo de *performance bond* no país.

Analisou-se a natureza jurídica do *performance bond* e concluiu-se que este instituto tem caráter acessório e subsidiário à obrigação principal garantida. No entanto, a garantidora se responsabiliza solidariamente após o inadimplemento comprovado do devedor-tomador.

Procedeu-se ao estudo da regulamentação do seguro-garantia no Brasil. Detectou-se que é instrumentalizado como seguro, mas se assemelha, em muitos pontos, ao que é apresentado pelo *performance bond* nos EUA.

Estudou-se a origem da tradição da garantia de obrigações contratuais como seguro. Expôs-se que tal tradição foi iniciada na Itália e daí foi espalhada para vários países europeus e latino-americanos. Dessa forma, o Brasil recebeu essa tradição e a consolidou a partir do Decreto-Lei nº 73, de 1966, que estruturou o sistema nacional de seguros privados.

Viu-se que ao seguro-garantia não foi dada importância até a década de 90, pois a fiança bancária era mais barata e, por isso, bastante praticada. A partir de 1994, com a adesão do Brasil ao Acordo da Basiléia, em que se definiu que a fiança bancária como operação ativa de crédito as operações de seguro-garantia começaram a crescer rapidamente.

Em seguida, estudou-se a natureza jurídica do seguro-garantia. Detectou-se diferença entre o seguro-garantia exigido na Lei de Licitações e aquele regulamentado pela Circular Susep nº 477, de 2013. Concluiu-se que o seguro-garantia da referida circular, seria, de fato, uma operação fidejussória típica, mas com roupagem de seguro, pois não possuía elemento fulcral que caracteriza a operação do seguro, qual seja: a formação de reservas técnicas por meio do prêmio, probabilisticamente calculado, para o pagamento dos sinistros esperados (mutualismo securitário). Por outro lado, tal seguro-garantia apresentava todas as características de operação fidejussória clássica, inclusive a

tradicional acessoriedade da obrigação de garantia de fiança em face da obrigação principal.

Já o seguro-garantia da Lei de Licitações, não só era uma caução fidejussória, em vista de sua função caucional, como também se assemelhava a uma garantia autônoma à primeira demanda, por espiaecer indícios de independência da garantia, em face da obrigação principal, o que significa que não há a possibilidade do garante se abster de pagar alegando exceções relativas tanto em função da relação jurídica que estabelece com o terceiro (exceções que competem ao devedor-tomador), quanto da relação de base cujo inadimplemento lhe importará a obrigação de pagamento da garantia.

Ante todo o exposto, pode-se concluir que o *performance bond* em contratos públicos de obras, em vista de seus objetivos precípuos, teria de fato o condão de criar incentivos em prol do adimplemento regular e contumaz dos contratos de obra pública, pois tal instrumento se constituiria em título de certeza, quase absoluta, do adimplemento contratual a ser provido pela garantidora que subscreveu o *performance bond* ao ente público, pois se a contratada não o fizer, essa própria o fará e, paralelamente, a garantidora estaria resguardada por meio de um instrumento contratual de contragarantias patrimoniais exigidas da construtora garantida e de seu grupo controlador.

Por outro lado, a exigência de garantia de execução contratual no modelo do *performance bond* teria como principal resultado, conforme já havia sido adiantado na Introdução, a imposição de consequências, em caso de inadimplemento contratual culposos, diretamente aos controladores da empresa construtora contratada, o que não acontece na atual regulamentação administrativo-licitatória, pois ao fim da cadeia obrigacional passaria a estar vinculado os próprios donos da empresa, garantindo a execução do contrato com seu próprio patrimônio pessoal, por meio de contrato paralelo

de contragarantias, o que acabaria por romper de certa forma com a limitação patrimonial de responsabilidade conferida pela legislação civil.

Ademais, a própria dinâmica interna de avaliação e reclamação do sinistro das empresas emissoras de *performance bond* acabaria por ponderar os atos da empresa durante a execução contratual anterior, de modo a lhe impor consequências, caso tenha havido inadimplências, por meio, por exemplo, da elevação do valor e da liquidez dos ativos a serem requeridos como contragarantias, caso seja evidenciado responsabilidade da construtora.

Por último, identificou-se as principais fraquezas da regulamentação do seguro-garantia atual em prol do adimplemento regular e contumaz dos contratos de obra pública: o baixo valor do limite legal a ser garantido e o choque de regulamentação do que é exigido no seguro-garantia da Lei de Licitações, quando comparado à regulamentação daquele na Circular nº 477, de 2013.

Portanto, crê-se que, caso seja procedido a uma alteração da Lei de Licitações, de modo que se uniformize a regulamentação operacional do seguro-garantia, inclusive definindo que esse deverá ser estruturado como uma garantia fidejussória, e se estabeleça garantia de até 100% do valor do contrato, tal instituto poderá alcançar padrões de sucesso similares aos obtidos com o *performance bond* nos EUA.

No entanto, ponderou-se que seria desejável que os tipos de garantia de obrigações contratuais exigidos na Lei de Licitações pudessem ser oferecidos não apenas por seguradoras, por meio do seguro-garantia, e por bancos, por meio da fiança bancária, como também por todas as empresas que se constituíssem como afiançadoras, nos termos parecidos aos praticados na legislação mexicana, de forma a aumentar o espectro competitivo no mercado de garantias. Dever-se-ia também haver regulamentação

diferenciada no que tange à solvência técnica de todas as empresas que trabalhassem com fianças de modo a se garantir a estabilidade econômica dessa indústria.

Desse modo, defende-se que tais sugestões de criação normativa terão o condão de corrigir a operação do seguro-garantia, de modo que essa se torne efetiva em compelir os contratados na execução regular e contumaz dos contratos de obra pública. Ademais, a criação do setor de fiadoras ou afiançadoras no Brasil teria o propósito de aumentar a competitividade no setor de garantias de modo a prover menores preços de garantia, ao mesmo tempo que dedica melhores produtos e respaldos técnicos para o setor público de obras.

5 Referências Bibliográficas

Livros e artigos:

ALWIS, Athula, STEINBACH, Christopher M. **Credit & Surety Pricing and the effects of financial market convergence**, [S.l.]:SwissRe, p. 141. Disponível em: <<https://www.casact.org/pubs/forum/03wforum/03wfl39.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

AMERICAN LAW INSTITUTE. **Restatement (Third) of Suretyship & Guaranty**. Philadelphia, 1996, 361 p.

ASSIS, Araken de. **Resolução de contrato por inadimplemento**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ATAÍDE, Daniel Medina. **A garantia autônoma e a fiança: distinções e divergências**. Aracaju: Ciclo, julho de 2007.

BAER, Werner. **A economia brasileira**. São Paulo: Ed. Nobel, 2ª ed., 2002.

BECKMAN, Theodore N. **Credits and collections**. Management and theory. New York: McGraw-Hill, 1962.

BELTRÁN, Pedro Aguilar. **Fundamentos actuariales de primas y reservas de fianzas**, Madrid: Fundación MAPFRE, 2011.

BURANELLO, Renato Macedo. **Do contrato de seguro: o seguro garantia de obrigações contratuais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CALVERAS, Aleix; GANUZA, Juan-Jose; HAUKE, Esther. **Wild Bids**. Gambling for resurrection in procurement contracts. [S.l.]:Journal of Regulatory Economics, vol. 26, n. 1, 2004.

CARVALHOSA, Modesto. **Performance bonds**: quebra de interlocução direta entre agentes públicos e privados na execução de contratos administrativos. In: PASTORE, Affonso Celso (org.). *Infraestrutura: eficiência e ética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017, pp. 203-232.

COMPARATO, Fabio Konder. **O seguro de crédito**: estudo jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO. **Seguro garantia**: obras do governo e aumento do limite da garantia. Rio de Janeiro: Núcleo de Estudos e Projetos, n. 11, 2012.

CORDEIRO, Antônio de Menezes. **Manual de direito comercial**. Coimbra: Almedina, 2003.

CUSHMAN, Edward H. **Surety bonds on federal construction contracts**: current decisions reviewed. [S.l.]:Fordham Law Review, vol. 25, 2ª ed..

ELIZALDE, Carlos Hoyos. **El seguro de caución**. Madrid: Fundación MAPFRE, 2012.

ENGEL, A.; GANUZA, J. J.; HAUKE, E.; WAMBACH, A. **Managing risky bids**. In: DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

FORTUNA, Eduardo. **Mercado Financeiro**. São Paulo: Quality Mark, 16ª ed., 2005

FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. **Contrato de Fiança**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

FREITAS, Rafael Veras de. **O regime jurídico do ato de transferência das concessões**: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. Belo Horizonte: Revista de Direito Público da Economia, ano 13, n. 50, abr./jun. 2015.

HENKEL, Cristoph. **Personal Guarantees and Sureties between Commercial Law and Consumers in the United States**. Oxford: The American Journal of Comparative Law, jul. 2014.

HUETE, José Carlos Espigares (Coord.) **Las tendencias actuales de los contratos de garantía**. Barcelona: Atelier, 2005.

KALECKI, Michael, **Political aspects of full employment**. [S.l.]:The Political Quarterly, vol. 14, pp. 322-330.

KATZ, Avery Wiener. **An economic analysis of the guaranty contract**. Chicago: University of Chicago Law Review, vol. 66, 1ª ed., 1999.

KING, Bruce Charles, *et al.*, **The Law of Commercial Surety and Miscellaneous Bonds**, Chicago: American Bar Association, 2ª ed., 2012.

KLINGER, Marilyn; BACHRACH, George J.; HALEY, Tracey L. (Ed.) **The surety's indemnity agreement: law and practice**. Chicago: American Bar Association, 2ª ed., 2008.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **O contrato de seguro no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Labor Juris, 2000.

LAAN, Cesar van der. **Reformulação da Lei de Licitações e Contratações Públicas: fragilidades na proposta de uso de seguro-garantia como instrumento anticorrupção**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, Texto para Discussão 206, set. 2016.

LOZANO, Antonio Guardiola (Dir.). **Manual de introducción al seguro**. Madrid: Ed. Mapfre, 1990.

MANES, Alfredo. Tratado de seguro. **Teoría general del seguro**. Madrid: Logos, 1930.

MARENSI, Voltaire Giavarina. **O seguro no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 9ª ed., 2009.

MOELMANN, Lawrence R.; HOROWITZ, Matthew M.; LYBECK, Kevin L. (Ed.) **The law of performance bonds**. Chicago: American Bar Association, 2ª ed., 2009.

MORGAN, Willis D., **History and economics of suretyship**. Ithaca: Cornell Law Review, vol. 12, ed. 2, fev., 1927.

MYERS, Lorena. **Performance Bond Cost-Effectiveness Analysis**. Dissertação [mestrado], Gainesville: University of Florida, 1999.

PALMER, William J., *et alli*, **Construction Insurance, bonding, and risk management**. Nova Iorque: McGraw Hill, 1996.

PAULIN, Luiz Alfredo. **Da fiança bancária**. São Paulo: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 14, n. 53, jul./set. 2011.

PESSANHA, Benedita. **Garantia Bancária Autônoma: A qualificação da relação jurídica garante-garantido**. Lisboa: Universidade Católica (dissertação), Junho, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17761/1/GARANTIA%20BANC%C3%81RIA%20AUT%C3%93NOMA.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

POSSIEDE, João Gilberto. **Os Três “C”**, p. 7 In: O ‘GARANTE’: as perspectivas do seguro garantia no Brasil. Rio de Janeiro: Cadernos de Seguro, Ano XIX, n. 93, jan./fev. 1999, p. 4-8.

PUIG, Fernando. **Función y riesgo en el seguro de caución**. Navarra: Eunsa, 2005.

RUSSELL, Jeffrey S., **Surety bonds for construction contracts**, Reston: ASCE, 2000.

RÍOS, Javier Camacho de los. **El Seguro de Caución: estudio crítico**. Madrid: Editorial MAPFRE, 1994.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência**. Brasília: Revista Brasileira de Direito da Concorrência, vol. 2, n. 2, nov. 2014, p. 5-22.

SCHWARTZKOPF, William. **Practical Guide to Construction Contract Surety Claims**, New York: Aspen Publishers, 2006.

WALLICK, Robert D.; STAFFORD, John A. **The miller act: enforcement of the payment bond**. [S.l.]: Law and Contemporary Problems, 1964.

Notícias:

BORGES, André. Nem a brita escapa da ferrovia norte-sul. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 1º out. 2016, Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,nem-a-brita-escapa-na-ferrovia-norte-sul,10000079333>, Acesso em: 03 nov. 2018.

ELIZALDE, Carlos Hoyos, Toward a new model for the european union. **Mercado Asegurador**. Disponível em: <<http://mercadoasegurador.com.ar/backup/adetail.asp?id=456>>. Acesso em: 30 out. 2018.

MELLIS, Fernando. Multas a operadoras de rodovias federais somam R\$ 424 milhões. **Record R7**, 09 mar. 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/economia/multas-a-operadoras-de-rodovias-federais-somam-r-424-milhoes-09032018>, Acesso em: 02 nov. 2018.

PEREIRA, Renée. Obra parada tem custo extra para o governo. **O Estado de São Paulo**, 24 jun. 2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,obra-parada-tem-custo-extra-para-o-governo,70002366386>>, Acesso em: 02 nov. 2018.

PEREIRA, Renée. Para concluir obras paradas no País, governo teria de desembolsar R\$ 76 bi. **O Estado de São Paulo**, 24 jun. 2018, Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,para-concluir-obras-paradas-no-pais-governo-teria-de-desembolsar-r-76-bi,70002366408>>, Acesso em: 2 nov. 2018.

THE SURETY & FIDELITY ASSOCIATION OF AMERICA. **Newsletter**. vol. XXXV, ed. 2, may/apr. 2018, p. 3.

Banco de dados públicos:

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. **Sistema de Estatísticas da SUSEP**, versão 4. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/menuestatistica/SES/principal.aspx>>. Acesso em: 30 out. 2018.

Legislações, jurisprudências e outras fontes:

ALEMANHA. **Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A)**. Stand 07, Jan. 2016. Disponível em: <https://www.fib-bund.de/Inhalt/Vergabe/VOB/VOB-A%202016_nichtamtliche%20Fassung.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2018.

AMERICAN INSTITUTE OF ARCHITECTS, **Formulário AIA A312-2010** (*Performance and payment bond*). Disponível em: <https://www.aiabookstore.com/a312-performance-bond-and-payment-bond-replaces-a3.html>. Acesso em: 3 set. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Assembleia Nacional Constituinte, Brasília, DF, 5 out. 1988, 191-A, Seção 1.

BRASIL. Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 nov. 1966, Col. 4, p. 13.524

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 1967, Seção 1, p. 7.587.

BRASIL. Decreto-Lei 2.300, de 21 de novembro de 1986. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 nov. 1986, seção 1, p. 17.163.

BRASIL. Decreto-Lei 2.348, de 24 de julho de 1987, **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 jul. 1987, seção 1, p. 17.673.

BRASIL. Decreto 73.140, de 9 de novembro de 1973. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 12. Nov. 1973, col. 2, p. 11.516.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 22. Jun. 1993, Seção 1, Página 8.269 (Publicação Original).

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Legislativo, Brasília, DF, 18 jul. 2002, Seção 1, p. 1 (Publicação Original).

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 abr. 1964, seção 1, p. 3.195 (Retificação).

BRASIL. Mensagem de Veto nº 335, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993, seção 1, p. 8281. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8666-21-junho-1993-322221-veto-24420-pl.html>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 2.099, de 17 de agosto de 1994. Portal do Banco Central do Brasil. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/43270/Res_2099_v1_O.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2018.

BRASIL. Superintendência dos Seguros Privados. Anexos da Circular nº 477, de 30 de setembro de 2013. **Portal da Superintendência de Seguros Privados**. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br/menu/atos-normativos/condicoes-contratuais-padronizadas-1>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Superintendência dos Seguros Privados. Circular nº 477, de 30 de setembro de 2013. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Publicada em 1º out. 2013, p. 44-45

BRASIL. Superintendência dos Seguros Privados. Circular nº 8, de 31 de março de 1982. **Portal da Superintendência de Seguros Privados**. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=16741>>. Acesso em: 3 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.188 do Plenário, Ata nº 26/2007 – Plenário, 20 de junho de 2007. **Portal do Tribunal de Contas da União**. Relatório de Levantamento (RL). Levantamento de auditoria. Diagnóstico sobre as obras inacabadas realizadas com recursos da união. Verificação de oportunidades para aperfeiçoamento de normativos e da sistemática de controle das obras públicas. Determinações. Recomendações. Sugestões. Ciência. Arquivamento. Relator: Valmir Campelo. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1188%2520ANOACORDAO%253A2007/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.218 da 1ª Câmara, Ata nº 11/2011 – 1ª Câmara. 12 de abril de 2011, Brasília, DF. **Portal do Tribunal de Contas da União**. Processo nº TC 025.430/2009-5. Grupo I – Classe I – Pedido de Reexame em Representação. Sumário: pedido de reexame. Representação. Licitação. Edital. Cláusula impeditiva de participação de interessados suspensos por ente distinto da administração pública. Sanções aplicadas a pessoa jurídica. Alcance dos efeitos. Determinações.

Interposição de recurso. Conhecimento. Negado provimento. Relator Ministro José Múcio Monteiro. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20110420/ AC_2218_11_11_1.doc>, Acesso em: 2 nov. 2018.

ENGINEERS JOINT CONTRACT DOCUMENTS COMMITTEE, **Formulário C-610**, 2013. Disponível em: <<http://www.formstack.com/forms/nasbp-C610Agreement>>. Acesso em: 3 set. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of the Treasury's Listing of Approved Sureties. **Circular 570**. Disponível em: <<https://www.fiscal.treasury.gov/fsreports/ref/suretyBnd/c570.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Register**. Code of Federal Regulations, Título 31, Subtítulo B, Capítulo II, subcapítulo “A”, parte 223, seção 223.11. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/31/part-223>>. Acesso em: 3 nov. 2018.

MÉXICO. Congreso General. Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas. **Diário Oficial de la Federación**. Publicada em 4 abr. 2013. Disponível em: <<https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/ley-de-instituciones-de-seguros-y-de-fianzas>>. Acesso em: 30 out. 2018.